

CLINIQUE JURIDIQUE DES DROITS FONDAMENTAUX

Mémoire pour le Conseil constitutionnel dans le cadre de
l'examen du projet de loi relatif à l'immigration, à
l'intégration et à la nationalité

Sous la direction de Mme le Professeur Marie-Joëlle Redor-Fichot

**CRDFED – Centre de Recherche sur les
Droits Fondamentaux et les Evolutions du Droit**

Faculté de Droit et de Sciences Politiques
Université de Caen Basse-Normandie
Esplanade de la Paix
14032 Caen Cedex

<http://www.unicaen.fr/recherche/mrsh/crdfed/>
contact : xavier.aurey@unicaen.fr

18 mai 2011

Ont participé à la rédaction de ce mémoire :

Membres enseignants :

Mme le Professeur Marie-Joëlle Redor-Fichot (Directrice de la Clinique)

M. Grégory Godiveau (Maître de conférences - Directeur adjoint de la Clinique)

M. Xavier Aurey (ATER - Secrétaire général de la Clinique)

M. Samuel Etoa (Docteur en droit)

Mlle Nathalie Havas (Docteur en droit)

Mlle Juliette Lecame (Doctorante au CRDFED)

Membres étudiants (Master 2 Contentieux des droits fondamentaux) :

*Mlles Emilie Aït-Mehdi, Alice Lukacs, Jennifer Leloney, Maya
Oberlin, Ghofran Ounissi, Andréa Pagnucco et Chloé Viel*

Sommaire

Brève présentation de la Clinique Juridique des Droits Fondamentaux..... p. 4

Articles :

- Article 2..... p. 5
- Article 4..... p. 8
- Article 5..... p. 5
- Article 6..... p. 9
- Article 8..... p. 10
- Article 10..... p. 11
- Article 11..... p. 16
- Article 12..... p. 18
- Article 13..... p. 19
- Article 22..... p. 20
- Article 26..... p. 23
- Article 33 p. 26
- Article 45..... p. 17
- Article 47..... p. 27
- Article 51..... p. 38
- Article 56..... p. 39

BREVE PRESENTATION DE LA CLINIQUE JURIDIQUE DES DROITS FONDAMENTAUX

Au sens premier du concept, l'activité clinique dans les Facultés de Droit, notamment aux Etats-Unis, a une double vocation pédagogique et sociale. Ces structures se consacrent ainsi à la formation des étudiants par une expérience auprès des populations défavorisées. Les premières cliniques avaient pour objectif de fournir une assistance juridique aux plus démunis et de rendre le droit accessible tout en formant les étudiants à devenir des juristes responsables.

S'inspirant de ces modèles, le Centre de Recherche sur les Droits Fondamentaux et les Evolutions du Droit (CRDFED) de l'Université de Caen Basse-Normandie a souhaité instaurer, dès la rentrée universitaire 2009, une *Clinique Juridique des Droits Fondamentaux*. Compte-tenu des compétences propres aux membres du Centre de recherche, un axe de travail a été privilégié : les droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel. Agissant dans le but d'améliorer la protection des droits de l'homme, les futures activités de la Clinique Juridique des Droits Fondamentaux peuvent être appréhendées au regard des trois objectifs suivants :

- Développer une expertise en droits fondamentaux par la Recherche,
- Associer chercheurs et praticiens à la compréhension des droits fondamentaux,
- Assurer une « formation intégrée » des étudiants sur les droits fondamentaux.

De cette relation tripartite entre enseignants-chercheurs, praticiens et étudiants naît une valeur ajoutée pour la recherche et l'enseignement en droits fondamentaux et plus largement pour le domaine des droits de l'homme. La Clinique apporte aux chercheurs, aux étudiants comme aux praticiens une meilleure compréhension des droits fondamentaux et de leurs mécanismes juridiques de protection et permet ainsi d'accroître l'effectivité de ces droits. Au-delà, de par les analyses qu'elle est amenée à effectuer, la Clinique peut devenir une force de proposition et d'action tant au niveau local qu'au niveau national ou international.

I – LA CHARTE DES DROITS ET DEVOIRS DU CITOYEN FRANÇAIS ET LE CONTROLE DE L'ASSIMILATION (ARTICLES 2 ET 5)

Article 2 : I. – L'article 21-24 du code civil est ainsi modifié :

1° La deuxième occurrence du mot : « française » est remplacée par les mots : «, de l'histoire, de la culture et de la société françaises, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par décret en Conseil d'État,» ; et sont ajoutés les mots : « ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République » ;

2° Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« À l'issue du contrôle de son assimilation, l'intéressé signe la charte des droits et devoirs du citoyen français. Cette charte, approuvée par décret en Conseil d'État, rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française. »

Article 5 : I. – L'article 21-28 du même code est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Au cours de la cérémonie d'accueil, la charte des droits et devoirs du citoyen français mentionnée à l'article 21-24 est remise aux personnes ayant acquis la nationalité française visées aux premier et troisième alinéas. »

II. – Après la deuxième phrase du premier alinéa de l'article L. 114-3 du code du service national, il est inséré une phrase ainsi rédigée :

« La charte des droits et devoirs du citoyen français mentionnée à l'article 21-24 du code civil leur est remise à cette occasion ».

A – Incompétence du législateur

1 - La charte des droits et devoirs du citoyen français définira les principes et valeurs *essentiels* de la République qui doivent être respectés pour obtenir la naturalisation. Il s'agit donc d'un élément fondamental dans l'obtention de la nationalité. Elle sera en outre remise aux français par acquisition ainsi qu'aux jeunes français lors de la journée défense et citoyenneté, ce qui laisse entendre qu'elle tend à dessiner les contours de l'identité nationale, du moins qu'elle entend déterminer les éléments fondamentaux qui constituent la République française.

a) Incompétence radicale du législateur

La détermination d'une charte des droits et devoirs du citoyen français ne relève pas de la compétence législative, mais du seul pouvoir constituant originaire, en ce qu'elle tend à restreindre la portée des droits mentionnés dans le Préambule constitutionnel. D'une part la charte prétend isoler parmi les droits reconnus à tous dans le Préambule des droits du citoyen français, et énoncer des devoirs spécifiques. D'autre part et surtout, la charte ne contiendra que les principes, valeurs et symboles jugés *essentiels*, ce qui implique d'établir une hiérarchie parmi les principes, valeurs et symboles qui figurent dans la Constitution et son Préambule, alors même que le texte constitutionnel met sur le même plan tous les droits et libertés énoncés dans la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946, la charte de l'environnement et le corps de la Constitution. Il n'appartient donc pas au législateur d'introduire une hiérarchie parmi ces droits. **Nous**

vous demandons par conséquent de censurer les articles 2 et 5 pour incompétence du législateur du fait d'un empiètement sur le pouvoir constituant.

b) Incompétence négative

Si vous n'acceptez pas ce raisonnement, vous devrez au moins admettre l'incompétence du pouvoir réglementaire auquel renvoie l'article 2, et donc l'incompétence négative du législateur. L'article 2 du projet de loi se contente en effet de préciser que « *cette charte, approuvée par décret en Conseil d'État, rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République* ». Le législateur renonce donc à définir lui-même quels sont les principes et valeurs de la République jugés essentiels, alors même qu'il s'agit d'une question fondamentale puisqu'elle implique de hiérarchiser les principes et valeurs énoncés dans la Constitution. Le législateur ne précise pas davantage la nature et la portée de la charte.

Or, l'article 34 de la Constitution dispose que « *la loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; [...] les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; la nationalité, l'état et la capacité des personnes* ».

Selon une jurisprudence constante, et notamment votre décision du 15 novembre 2007¹, « *il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34* » ; il y a donc ici une incompétence négative du législateur notamment en ce que ce dernier renvoie au pouvoir réglementaire le soin de définir le contenu de la charte alors qu'il s'agit d'un élément essentiel du contrôle de l'assimilation, et que la remise de la charte à chaque jeune Français tend à en faire un élément de définition de l'identité française.

En outre, les articles 2 et 5 du texte qui vous est déféré ne précisent pas non plus la nature, ni la portée juridique exacte de la charte des droits et devoirs du citoyen français, alors que le candidat à la naturalisation doit la signer et en respecter le contenu et qu'elle doit être remise, d'une part, aux personnes ayant acquis la nationalité française lors de la cérémonie d'accueil, d'autre part, à chaque Français à l'occasion de la journée défense et citoyenneté. Est-ce un texte de nature contractuelle et / ou réglementaire, quelle est la portée de la signature que doit y apposer le candidat à la naturalisation, quelle est sa portée pour les autres Français ?

Ces dispositions sont donc également contraires à l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi reconnu par votre décision du 16 décembre 1999². Votre décision précitée du 15 novembre 2007 énonce que « *le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou*

¹ C.C., 15 nov. 2007, déc. 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 19.

² C.C., 16 déc. 1999, déc. 99-421 DC, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, cons. 13.

juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi». Or le législateur ne précise pas la portée de la charte pour le Français naturalisé qui aura dû la signer. On doit notamment se demander si le non respect de la charte (évalué comment et par qui ?) pourrait constituer un motif de retrait du décret de naturalisation dont l'article 6 du projet allonge le délai à 2 ans. On doit également se demander quelle est la portée de la charte (et de son non respect) pour l'ensemble des citoyens français notamment quant à la nature du lien de nationalité et quant à leur liberté d'opinion (voir *infra*).

Le législateur ne précisant ni le contenu, ni la nature, ni la portée de la charte, nous vous demandons de censurer l'article 2 comme contraire à l'article 34 de la Constitution et à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, et, par voie de conséquence, de censurer également l'article 5.

2 – Le contrôle de l'assimilation et de l'adhésion

L'article 21-24 du code civil tel que modifié par le présent projet de loi dispose dans son alinéa 1 que : *« Nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par décret en Conseil d'État, et des droits et devoirs conférés par la nationalité française ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République »*.

Le législateur ne précise pas les modalités du contrôle de l'assimilation du candidat à la naturalisation, alors même que les conditions à remplir sont plus nombreuses, qu'elles ne sont pas limitativement énumérées (*« notamment »*), et que leur appréciation est éminemment subjective. En 2006, vous avez précisé qu' *« il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »*³. Les dispositions de l'article 21-24 du code civil modifié sont donc constitutives d'une incompétence négative puisque le législateur ne prémunit pas les candidats à la naturalisation contre les risques d'arbitraire. Des précisions sont en ce sens indispensables pour éviter l'arbitraire d'un tel contrôle, nécessairement subjectif, ainsi que pour permettre un recours adéquat contre l'évaluation des connaissances du candidat à la naturalisation. **C'est pourquoi nous vous demandons de censurer l'article 21-24 du code civil pour incompétence négative du législateur concernant la définition des modalités du contrôle de l'assimilation.**

L'article 21-24 ne précise pas non plus les conditions dans lesquelles le candidat à la naturalisation pourra justifier de son *adhésion* aux principes et valeurs essentiels de la République, élément nouveau et

³ C.C., 27 juil. 2006, déc. 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 9.

éminemment subjectif introduit par l'article 2 du texte qui vous est déféré et dont la définition du contenu est renvoyée au pouvoir réglementaire. **Si vous ne décidez pas de censurer purement et simplement les dispositions relatives à la charte, il est au moins nécessaire que vous précisiez dans une réserve d'interprétation que la signature de la charte prévue à l'alinéa 2 nouveau de l'article 21-24 est une preuve suffisante de l'adhésion aux principes et valeurs essentiels de la République.**

B – Atteinte à la liberté d'opinion

L'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ». L'article 21-24 du code civil tel que modifié par l'article 2 du projet de loi dispose que « *Nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par décret en Conseil d'État, et des droits et devoirs conférés par la nationalité française **ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République*** ». L'assimilation résulte notamment de la connaissance des droits et devoirs conférés par la nationalité française. Le texte qui vous est déféré ajoute à cette connaissance suffisante l'exigence de l'*adhésion* du candidat aux principes et valeurs essentiels de la République. Cette adhésion à des *valeurs* est ainsi rendue obligatoire et l'on peut s'interroger sur la signification de la remise de la charte aux jeunes citoyens français, faut-il comprendre qu'ils sont eux aussi obligés d'adhérer aux valeurs qui y sont énoncées ? La condition d'adhésion à des principes et valeurs qui, de plus, seront définis par le pouvoir réglementaire, est problématique en ce qu'elle restreint la liberté de pensée et d'opinion⁴, et pas seulement celle de les manifester par un comportement extérieur. **Nous vous demandons donc de censurer l'article 2 1°) et 2°) comme contraire à la liberté d'opinion telle que protégée par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.**

II – L'OBLIGATION D'INDIQUER LES NATIONALITES

L'article 4 du texte qui vous est déféré introduit un article 21-27-1 dans le code civil selon lequel : « *Lors de son acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique ou par déclaration, l'intéressé indique à l'autorité compétente la ou les nationalités qu'il possède déjà, la ou les nationalités qu'il conserve en plus de la nationalité française ainsi que la ou les nationalités auxquelles il entend renoncer* ».

Alors que l'article 34 de la Constitution dispose que « *la loi fixe les règles concernant [...] les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », le législateur ne précise pas la manière dont sera traitée l'information que le Français par acquisition devra donner à l'autorité

⁴ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, art. 10 : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ».

compétente sur ses nationalités, ni l'utilisation qui en sera faite. Le législateur ne précise pas la portée de cette disposition ni les précautions à prendre, notamment pour la protection du respect de la vie privée fondée sur les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, concernant le devenir de ces informations : à qui sont elles destinées, combien de temps seront elles conservées, à quoi vont elles servir ? Ces questions se posent d'autant plus que la déchéance de nationalité est impossible si elle conduit à créer un cas d'apatridie (article 25 du code civil). Si ces informations sont destinées à être utilisées en cas de déchéance de nationalité, leur conservation serait alors nécessaire pendant au moins 10 ans, ce que le texte ne précise pas. Le texte ne précise pas davantage la portée de l'indication donnée sur les nationalités que le citoyen français entend conserver ou non : l'intéressé est-il engagé pour l'avenir par les indications qu'il fournit ?

L'article 4 est donc contraire à l'article 34 et à l'objectif d'intelligibilité de la loi. Nous vous demandons de le censurer ou, à tout le moins, d'y apporter des réserves d'interprétation.

III – LE RETRAIT DES DECRETS PORTANT ACQUISITION, NATURALISATION, REINTEGRATION

Article 6 : « À l'article 27-2 du code civil, les mots : « d'un an » sont remplacés par les mots : « de deux ans ».

Il en résulte que l'article 27-2 du même code est désormais rédigé comme suit :

« Art. 27-2. – Les décrets portant acquisition, naturalisation ou réintégration peuvent être rapportés sur avis conforme du Conseil d'État dans un délai de deux ans à compter de leur publication au Journal officiel si le requérant ne satisfait pas aux conditions légales ; si la décision a été obtenue par mensonge ou fraude, ces décrets peuvent être rapportés dans le délai de deux ans à partir de la découverte de la fraude ».

A – Violation de l'objectif d'intelligibilité de la loi

L'article 6 prévoit que les décrets portant acquisition, naturalisation ou réintégration pourront être rapportés sur avis conforme du Conseil d'Etat dans un délai de deux ans si le requérant ne satisfait pas aux conditions légales. A quel moment doit-il y avoir eu non-respect des conditions légales ? Au moment du décret conférant la nationalité française ou dans les 2 ans qui suivent ? Si la jurisprudence administrative considère aujourd'hui que le retrait ne concerne que l'hypothèse d'une illégalité commise au moment où le décret a été pris, il appartient néanmoins au législateur de le préciser de manière à prémunir « les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire » et éviter qu'il ne reporte « sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »⁵. **L'article 6 n'apportant pas de précision suffisante sur ces questions relevant de la compétence du législateur au titre de l'article 34 de la Constitution, nous vous demandons donc de le censurer comme contraire à l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi.**

⁵ C.C., 21 avr. 2005, déc. 2005-512 DC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, cons. 9.

B – Insécurité juridique

Le texte qui vous est déféré admet que les décrets portant acquisition, naturalisation ou réintégration pourront être rapportés dans un délai de deux ans après publication, au lieu d'un an antérieurement, pour les requérants qui ne satisfont pas aux conditions légales. Certes, si l'interprétation donnée actuellement de l'article 27-2 du code civil est maintenue, il ne s'agit pas par définition de la remise en cause d'une situation légalement acquise. Néanmoins ce délai est considérablement supérieur au délai généralement admis pour le retrait des actes administratifs (4 mois à compter de l'édition de l'acte). Or la nationalité touche au domaine de l'état civil des personnes. Un tel délai crée donc un problème en ce que la personne est touchée dans son identité, alors que l'obtention de la nationalité française ne résulte ici ni d'un mensonge ni d'une fraude de l'intéressé. La loi ne met en avant aucun motif d'intérêt général suffisant permettant de justifier que le délai de retrait soit multiplié par six par rapport au droit commun du retrait des actes créateurs de droit illégaux, et de remettre en cause le statut de la personne dans un de ses éléments fondamentaux deux ans après l'illégalité commise par la seule administration .

Nous vous invitons donc à censurer l'article 6 explicitement au nom du principe de sécurité juridique lié à la garantie des droits prévue par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

IV – LE CONTROLE DU RESPECT DES VALEURS FONDAMENTALES DE LA REPUBLIQUE POUR LE RENOUELEMENT DE LA CARTE DE SEJOUR

Article 8 I 2°) – *Le troisième alinéa (de l'article L. 311-9 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) est ainsi rédigé :*

« Lors du renouvellement de la carte de séjour intervenant au cours de l'exécution du contrat d'accueil et d'intégration, ou lors du premier renouvellement consécutif à cette exécution, l'autorité administrative tient compte du non-respect, manifesté par une volonté caractérisée, par l'étranger des stipulations du contrat d'accueil et d'intégration, s'agissant des valeurs fondamentales de la République, de l'assiduité de l'étranger et du sérieux de sa participation aux formations civiques et linguistiques, à la réalisation de son bilan de compétences professionnelles et, le cas échéant, à la session d'information sur la vie en France ».

Selon l'article L 311-9 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après CESEDA) dans sa version actuelle :

« L'étranger admis pour la première fois au séjour en France ou qui entre régulièrement en France entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans, et qui souhaite s'y maintenir durablement, prépare son intégration républicaine dans la société française.

A cette fin, il conclut avec l'Etat un contrat d'accueil et d'intégration, traduit dans une langue qu'il comprend, par lequel il s'oblige à suivre une formation civique et, lorsque le besoin en est établi, linguistique. L'étranger pour lequel l'évaluation du niveau de connaissance de la langue prévue à l'article L. 411-8 et au deuxième alinéa de l'article L. 211-2-1 n'a pas établi

le besoin d'une formation est réputé ne pas avoir besoin d'une formation linguistique. La formation civique comporte une présentation des institutions françaises et des valeurs de la République, notamment l'égalité entre les hommes et les femmes et la laïcité. La formation linguistique est sanctionnée par un titre ou un diplôme reconnu par l'Etat. L'étranger bénéficie d'une session d'information sur la vie en France et d'un bilan de compétences professionnelles. Toutes ces formations et prestations sont dispensées gratuitement et financées par l'Office français de l'immigration et de l'intégration. Lorsque l'étranger est âgé de seize à dix-huit ans, le contrat d'accueil et d'intégration doit être cosigné par son représentant légal régulièrement admis au séjour en France.

Lors du premier renouvellement de la carte de séjour, l'autorité administrative tient compte du non-respect, manifesté par une volonté caractérisée, par l'étranger, des stipulations du contrat d'accueil et d'intégration ».

Le projet qui vous est déféré ajoute notamment à la fin de l'alinéa 3 de cet article le texte suivant :
« s'agissant des valeurs fondamentales de la République, de l'assiduité de l'étranger et du sérieux de sa participation aux formations civiques et linguistiques, à la réalisation de son bilan de compétences professionnelles et, le cas échéant, à la session d'information sur la vie en France ».

L'étranger pourra donc se voir refuser le renouvellement de sa carte de séjour pour non respect des valeurs fondamentales de la République, alors que le législateur n'a pas pris le soin de les définir, ni d'indiquer sur quelles bases l'autorité administrative pourra apprécier le non respect de ces valeurs. Or, le non renouvellement du titre de séjour s'analyse ici comme une sanction du non respect des obligations imposées par le contrat d'accueil et d'intégration, à laquelle sont applicables les principes de légalité des délits et des peines, de non rétroactivité de la loi d'incrimination plus sévère, de nécessité et de proportionnalité des sanctions résultant de l'article 8 de la Déclaration de 1789, ainsi que le respect des droits de la défense. Il y a à tout le moins une incompétence négative du législateur qui ne définit ni les garanties requises pour protéger les individus de l'arbitraire d'un tel contrôle ni les valeurs fondamentales de la République que doit respecter l'étranger. De telles imprécisions font craindre que l'appréciation qui pourrait être faite du respect des valeurs fondamentales de la République par l'étranger ne conduise à une violation des libertés substantielles de ce dernier, telles que les libertés personnelle, de religion, d'expression, toutes de valeur constitutionnelle.

Nous vous demandons par suite de censurer l'article 8 I 2°) au titre de l'incompétence négative du législateur, de la violation des articles 8 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

V – L'INCONSTITUTIONNALITE DES ZONES D'ATTENTE AD HOC

Article 10 alinéa 2 : *« Après le premier alinéa de l'article L 221-2 du même code, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : "Lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'au moins dix étrangers vient d'arriver en France en dehors d'un point de passage frontalier, en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distants d'au plus dix kilomètres, la zone d'attente s'étend, pour une durée maximale de vingt-six jours, du ou des lieux de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche" ».*

Créée en 1992 sous le nom de zone de transit, la « zone d'attente » correspond légalement au lieu qui « s'étend des points d'embarquement et de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes. Elle peut inclure, sur l'emprise, ou à proximité, de la gare, du port ou de l'aéroport ou à proximité du lieu de débarquement, un ou plusieurs lieux d'hébergement assurant aux étrangers concernés des prestations de type hôtelier. Dans ces lieux d'hébergement, un espace permettant aux avocats de s'entretenir confidentiellement avec les étrangers est prévu »⁶. La création d'une telle zone répond à la nécessité de gérer l'arrivée sur le territoire français d'étrangers n'étant pas autorisés à y entrer ou qui demandent leur admission au titre de l'asile⁷. Votre Conseil a toujours analysé la mesure de placement en zone d'attente comme une restriction de la liberté d'aller et venir de l'étranger affectant sa liberté individuelle au sens de l'article 66, mais n'entraînant pas à son encontre un degré de contrainte comparable à celui qui résulterait de son placement en centre de rétention⁸.

Actuellement, les étrangers qui se voient refuser l'entrée sur le territoire français ne peuvent être placés que dans des zones d'attente créées de manière durable et spécialement aménagées pour l'accueil du public sur plusieurs jours (les autorités peuvent ainsi, en cas de besoin, étendre une zone d'attente à tout lieu d'hébergement pouvant offrir aux étrangers des « prestations de type hôtelier ») et pour l'accueil spécifique d'étrangers (« un espace permettant aux avocats de s'entretenir confidentiellement avec les étrangers est prévu »⁹).

A – La remise en cause de garanties légales d'exigences constitutionnelles

Par définition créées en dehors de toute considération quant à l'existence d'une structure d'accueil pour les étrangers, les zones d'attente *ad hoc* entraînent le risque certain de faire résider les étrangers en cause dans des structures non adaptées à leur hébergement et ne répondant pas ainsi au minimum de garanties nécessaires au respect de la dignité humaine dont vous avez affirmé la valeur constitutionnelle¹⁰. Par essence temporaires et créées en dehors de toute structure adaptée, ces zones d'attente *ad hoc* font également courir le risque certain de voir une reconnaissance affaiblie des droits normalement garantis aux étrangers en zone d'attente. Ainsi, les services d'assistance, de consultation d'un médecin, d'un interprète ou d'un avocat sont rendus d'autant plus difficiles que la zone d'attente ainsi créée sera plus ou moins accessible (zone de montagne, bord de mer isolé...). Fondées sur les principes de respect de la dignité de

⁶ CESEDA, art. L. 221-2.

⁷ CESEDA, art. L. 221-1.

⁸ C.C., 25 fév. 1992, déc. 92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 14 et 15 : Le maintien en zone de transit « n'entraîne pas à l'encontre de l'intéressé un degré de contrainte sur sa personne comparable à celui qui résulterait de son placement dans un centre de rétention en application de l'article 35 bis de l'ordonnance précitée. 15. Mais considérant que le maintien d'un étranger en zone de transit, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, a néanmoins pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution ; que si la compétence pour décider du maintien peut être confiée par la loi à l'autorité administrative, le législateur doit prévoir, selon des modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent ».

⁹ CESEDA, art. L. 221-2.

¹⁰ C.C., 27 juil. 1994, déc. 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 2.

la personne humaine et de droit à un recours effectif, ces garanties légales ne peuvent qu'être regardées comme le standard minimum applicable aux étrangers en zone d'attente. Priver, même temporairement, les étrangers de tels droits et en amoindrir la portée compte-tenu des conditions de création et d'accès à ces zones d'attente constitue donc une atteinte disproportionnée au texte constitutionnel.

Nous vous demandons ainsi de censurer l'article 10 de cette loi en tant qu'il prive de garanties légales les exigences constitutionnelles liées au respect de la dignité de la personne humaine et au droit à un recours effectif.

En elles-mêmes problématiques, ces restrictions prennent une ampleur particulière dans le cas de demandeurs d'asile ou de mineurs isolés, des catégories de personnes nécessitant une protection accrue.

Concernant les demandeurs d'asile, vous avez pu rappeler *« qu'un étranger qui a sollicité son admission en France au titre de l'asile ne saurait faire l'objet d'un maintien en zone de transit le temps nécessaire à son départ, moyennant des garanties adéquates, que s'il apparaît que sa demande d'asile est manifestement infondée »*¹¹. Vous avez de plus souligné qu' *« Aux termes du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : "Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République". Il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle »*¹².

Concernant les mineurs isolés, l'article L. 221-5 du CESEDA prévoit que *« Lorsqu'un étranger mineur non accompagné d'un représentant légal n'est pas autorisé à entrer en France, le procureur de la République, avisé immédiatement par l'autorité administrative, lui désigne sans délai un administrateur ad hoc. Celui-ci assiste le mineur durant son maintien en zone d'attente et assure sa représentation dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles relatives à ce maintien »*. Face à une situation de maintien en zone d'attente en elle-même difficile pour les mineurs isolés, cette garantie légale constitue le standard minimum acceptable pour leur protection. Or, il est manifeste que dans le cadre d'une zone d'attente *ad hoc*, l'accès à une telle assistance sera rendu plus difficile pour le mineur isolé, d'autant que la loi ici étudiée ne prévoit aucun système spécifique de garantie.

Au regard des menaces spéciales qu'elles font peser sur les droits garantis aux demandeurs d'asile et aux mineurs isolés, et en l'absence de toute mesure spécifique concernant ces catégories de personnes, nous demandons au Conseil constitutionnel de juger l'article 10 de cette loi contraire à la Constitution en tant qu'il prive de garanties légales les exigences constitutionnelles de droit d'asile et de protection des mineurs isolés.

¹¹ C.C., 25 fév. 1992, déc. 92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 9 à 11.

¹² C.C., 22 avr. 1997, déc. 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 25.

B – L’erreur manifeste d’appréciation dans la définition de circonstances à même de justifier une restriction des droits et libertés et une différence de traitement

Votre Conseil affirme depuis longtemps que le principe d’égalité « *ne s’oppose pas à ce que le législateur déroge à l’égalité pour des raisons d’intérêt général dès lors que les différences de traitement qui en résultent sont en rapport avec l’objet de la loi qui les établit* »¹³. Le Comité des droits de l’homme des Nations Unies¹⁴ et la Cour européenne des droits de l’homme¹⁵ ont une interprétation similaire de ce principe et considèrent qu’il n’y a pas rupture d’égalité lorsque la différence de traitement poursuit un but légitime dans une société démocratique et qu’elle respecte un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. En l’espèce, seule une justification objective et raisonnable peut donc permettre de traiter différemment des étrangers pourtant placés dans une situation analogue.

Les étrangers susceptibles d’être placés en zone d’attente *ad hoc* sont en effet dans une situation analogue à celle des étrangers placés en zone d’attente traditionnelle au regard du refus d’entrée dont ils font l’objet. De plus, la création de ces zones d’attente ne peut qu’entraîner, comme démontré à notre point précédent, une privation temporaire des droits des étrangers et des restrictions supplémentaires apportées à l’exercice de ces droits, compte-tenu du lieu possible de création de ces zones (zones de montagne, bord de mer isolé...).

Une telle différence de traitement ne pourra ainsi être jugée constitutionnelle que si elle répond à une justification objective et raisonnable au regard de l’objet de la loi. En ce sens, les travaux préparatoires à ce projet de loi nous montrent que l’argument principal quant à la création de telles zones réside dans le caractère exceptionnel et temporaire de la situation à laquelle elles doivent répondre.

Ainsi, comme l’a souligné M. François-Noël Buffet, rapporteur pour la Commission des lois du Sénat lors de l’examen de ce projet (19 janvier 2011), « *Le but est de faire face à des **situations exceptionnelles**, tel le débarquement d’une centaine de Kurdes sur une plage de Corse du Sud en janvier 2010* ». En des termes proches, M. Thierry Mariani, rapporteur, énonce que « *la possibilité de créer des zones d’attente temporaires devait être effectivement strictement limitée aux situations de débarquements d’un **nombre important de migrants** en dehors de points de passage frontalier* »¹⁶. M. Mariani continue en affirmant que « *Cette exception au principe selon lequel les étrangers en situation irrégulière déjà présents sur le territoire relèvent des procédures d’éloignement et non des procédures de refus d’entrée ne peut en effet se justifier que dans des **circonstances exceptionnelles**, ne permettant pas aux autorités administratives de mettre en œuvre les procédures d’éloignement de droit commun. En effet, en cas d’arrivée simultanée de **plusieurs dizaines de migrants** en situation irrégulière, les procédures de non admission et de placement en zone*

¹³ Cf. C.C., 13 janv. 1994, déc. 93-331 DC, *Loi rétablissant le renouvellement triennal par moitié des conseils généraux*, cons. 10.

¹⁴ Cf. notamment Comité des droits de l’homme, 9 avr. 1987, *S.W.M. Broeks c. Pays-Bas*, CCPR/C/29/D/172/1984.

¹⁵ Cf. notamment CEDH, 23 juil. 1968, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique" c. Belgique*, n° 1474/62 et al.

¹⁶ Thierry Mariani, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la république sur le projet de loi (n° 2400) relatif à l’immigration, à l’intégration et à la nationalité*, Rapport 2814 enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 16 septembre 2010, § II-B-1.

d'attente sont plus adaptées à la situation et doivent pouvoir être mises en œuvre»¹⁷. M. Brice Hortefeux lors de son audition par la Commission des lois du Sénat (21 décembre 2010) employait lui aussi des termes similaires : « *Des événements récents ont montré que nous ne pouvons pas faire face à l'arrivée à la frontière d'un groupe important d'immigrants hors des points de passage répertoriés : je vous rappelle les perturbations causées en janvier dernier par le débarquement de 123 Kurdes sur une plage de Corse du Sud. Nous voulons donc donner un cadre juridique à ces situations exceptionnelles* ».

Tel que modifié par les parlementaires, l'article 10 de la loi soumise à votre examen prévoit que la création de telles zones d'attente *ad hoc* ne pourra avoir lieu que « *Lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'au moins dix étrangers vient d'arriver en France en dehors d'un point de passage frontalier* ». Il convient de savoir si l'arrivée d'un tel groupe de dix personnes constitue une situation exceptionnelle, seul motif d'intérêt général susceptible de justifier ici une dérogation au principe d'égalité.

Si l'article 61 de la Constitution ne confère pas à votre Conseil « *un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement [...], il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste* »¹⁸ entre la mesure en cause et l'intérêt public protégé. Selon le rapport du 24 juin 2009 de la mission d'information sur les centres de rétention administrative et les zones d'attente, l'année 2008 a vu le placement en zone d'attente de 16645 personnes¹⁹, soit un peu plus de 45 personnes par jour. Même si la plupart des cas sont concentrés dans les zones des aéroports Paris Charles de Gaulle et Paris Orly, ainsi celle du Canet à Marseille, toutes ces zones ont les moyens d'accueillir plus d'une dizaine de personnes. De plus, les deux cas « exceptionnels » mentionnés par les débats parlementaires à titre d'exemple concernent le débarquement de 910 Kurdes sur une plage du Var en 2001 et de 123 Kurdes en Corse du Sud le 22 janvier 2010, des chiffres bien supérieurs à celui envisagé comme seuil par cet article.

Au regard de ces éléments, votre Conseil ne pourra que conclure que la seule condition de la présence d'un « *groupe d'au moins dix étrangers [...] en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distants d'au plus dix kilomètres* » est loin de caractériser une situation comme exceptionnelle. A ce titre, le seuil de 10 personnes retenu par le législateur constitue une erreur manifeste d'appréciation de ce que peut être une situation exceptionnelle justifiant de déroger au principe d'égalité par le durcissement des conditions de maintien en zone d'attente (au titre de l'article 10 de cette loi).

Nous vous demandons ainsi de censurer l'article 10 de cette loi comme contraire à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Notamment C.C., 22 oct. 2009, déc. 2009-590 DC, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cons. 18 à 20.

¹⁹ Mission d'information sur les centres de rétention administrative et les zones d'attente, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur les centres de rétention administrative et les zones d'attente*, Assemblée nationale, rapport n° 1776, 24 juin 2009, p.12.

VI – LA QUESTION DU MAINTIEN SIMULTANE D’UN NOMBRE IMPORTANT D’ETRANGERS EN ZONE D’ATTENTE

Article 11 : « *Après le premier alinéa de l'article L. 221-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : "En cas de maintien simultané en zone d'attente d'un nombre important d'étrangers, la notification des droits mentionnés au premier alinéa s'effectue dans les meilleurs délais, compte tenu du nombre d'agents de l'autorité administrative et d'interprètes disponibles. De même, dans ces mêmes circonstances particulières, les droits notifiés s'exercent dans les meilleurs délais"* ».

Tout individu qui voit sa liberté individuelle mise en cause doit pouvoir être « *informé aussi rapidement que possible des droits qu'il peut exercer* »²⁰. L'article L. 221-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit ainsi pour l'étranger placé en zone d'attente le droit de demander l'assistance d'un interprète et d'un médecin, ainsi que le droit de communiquer avec un conseil ou toute personne de son choix et le droit de quitter la zone d'attente pour une destination hors de France. Ces droits sont autant de garanties du respect de la santé de l'étranger, de sa dignité, de sa liberté d'aller et venir et de sa sûreté, telles que protégées par la Constitution de 1958, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Cet article 11 prévoit une cause possible d'allongement du délai pendant lequel l'étranger ne sera pas informé des droits dont il peut bénéficier lors de son placement en zone d'attente. En temps normal, la Cour de cassation exige que la notification ne soit pas tardive et même qu'elle soit « *imminente* »²¹. Cette exigence est justifiée par le fait que tant que l'étranger ne s'est pas vu notifier les droits dont il est titulaire, il ne peut en bénéficier et se trouve donc dans une situation de quasi-*vide* juridique. Votre Conseil a pu juger également que « *les dispositions prévoyant que cette notification est effectuée "dans les meilleurs délais" prescrivent une information qui, si elle ne peut être immédiate pour des raisons objectives, doit s'effectuer dans le plus bref délai possible* »²². Une telle raison objective correspond à une raison étrangère au comportement de l'acteur qui souhaite s'en prévaloir. Il est donc nécessaire de voir si la combinaison d'un « *nombre important d'étrangers* » avec le « *nombre d'agents de l'autorité administrative et d'interprètes disponibles* » peut être qualifiée de « *raison objective* » autorisant un retard dans la notification des droits.

Pour pouvoir être qualifié de raison objective, ce « *nombre important d'étrangers* » ne doit pas correspondre à une situation normale ou proche de la normale pour la zone d'attente en cause. Le manque d'agents et d'interprètes serait alors le fait de l'Etat et ne pourrait donc justifier objectivement une telle limitation dans la notification de leurs droits aux étrangers.

²⁰ C.C., 20 nov. 2003, déc. 2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 51.

²¹ Cass., 2^e civ., 11 janv. 2001, n°00-50.006.

²² C.C., 20 nov. 2003, déc. 2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 51.

En ce sens, le flou laissé autour de cette condition de nombre donne un pouvoir d'appréciation discrétionnaire à l'administration, ne permettant pas de distinguer de manière objective entre une situation normale et une situation pouvant nécessiter des mesures spéciales. Une suspension des droits de l'étranger pendant une certaine période étant en jeu, le mécanisme ne peut reposer sur une notion aussi imprécise, propre à faciliter l'arbitraire. En matière de protection de la liberté individuelle, vous exigez ainsi que toute loi soit accessible, précise et prévisible. Ainsi, vous avez condamné des dispositions dont « *la formulation générale et imprécise [...] porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle* »²³. Votre interprétation est en ce sens commune à celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui, appelée à se prononcer en 1996 sur les zones d'attente en France, a pu juger qu'« *une loi nationale autorisant une privation de liberté [...] doit être] suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire* »²⁴. Dans un sens très proche, la Cour de justice de l'Union européenne a de son côté jugé qu'une législation nationale conférant une compétence aux autorités de police doit, pour satisfaire l'exigence de sécurité juridique « *prévoir l'encadrement nécessaire de la compétence conférée à ces autorités afin, notamment, de guider le pouvoir d'appréciation dont disposent ces dernières dans l'application pratique de ladite compétence* »²⁵.

Ainsi, l'article 11, tel que rédigé contrevient aux exigences d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. En ce sens, il contrevient également à l'exigence d'une raison objective propre à justifier l'allongement limité du délai de notification de leurs droits aux étrangers, portant ainsi une atteinte disproportionnée à leur droit à la sûreté. **Nous vous demandons donc de juger l'article 11 de cette loi contraire à l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.**

Article 45 : « *Les meilleurs délais au sens du deuxième alinéa s'entendent compte tenu du temps requis pour informer chaque étranger de ses droits lorsqu'un nombre important d'étrangers doivent être simultanément placés en rétention* ».

Nous vous recommandons de vous référer à l'argumentation concernant l'article 11. **En ce sens, nous vous demandons de juger l'article 45 non conforme à la Constitution.**

VII – L'APPLICATION DE L'ARTICLE 11 AUX ZONES D'ATTENTE AD HOC

Il est demandé au Conseil de reconnaître que les atteintes aux droits et libertés de l'étranger prennent une ampleur particulière lorsque les articles 10 et 11 de la loi sont combinés.

En effet, les zones d'attente *ad hoc*, pouvant par principe apparaître en tout lieu sur le territoire de la République, le personnel administratif nécessaire et les traducteurs ne seront pas immédiatement disponibles sur place. De ce fait, la notification puis l'exercice des droits reconnus à l'étranger seront toujours et automatiquement différés dans ces zones d'attente, comme le permet l'article 11. Ainsi, un

²³ C.C., 18 janv. 1995, déc. 94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 18.

²⁴ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c/ France*, n°17/1995/523/609, § 50.

²⁵ CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, C-188/10 et C-189/10.

étranger maintenu dans ces zones d'attente verra chaque fois non seulement sa liberté d'aller et venir restreinte, mais également tous les autres droits dont il peut normalement se prévaloir. Si la conciliation des éléments de valeur constitutionnelle doit pencher en faveur de la sauvegarde de l'ordre public en ce qui concerne le maintien d'un étranger en zone d'attente, le cumul inévitable des atteintes aux différents droits et libertés de l'étranger dans les zones d'attente *ad hoc* doit rester exceptionnel. Or, l'application cumulée des articles 10 et 11 de la loi est inévitable. En cela, elle porte atteinte à la fois au droit à la sûreté, à la liberté d'aller et venir, au droit au respect de sa dignité humaine à un degré tel qu'il est ici impératif que la loi prévoit des conditions strictes pour la création de ces zones d'attente.

La loi ne prévoit aucune condition ou garantie pouvant contrer la généralisation de ces atteintes. Le degré de contrainte qu'une telle généralisation entraîne doit conduire à considérer que de telles zones d'attente relèvent de l'article 66 de la Constitution. **Au regard de l'absence des garanties prévues par l'article 66 de la Constitution, nous vous demandons de censurer l'article 10 de cette loi comme contraire à la Constitution.**

VIII – L'EFFECTIVITE DU CONTROLE DU JUGE SUR LE MAINTIEN EN ZONE D'ATTENTE

A – Le contrôle par le juge des irrégularités

Article 12 : « *A peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, aucune irrégularité antérieure à l'audience relative à la première prolongation du maintien en zone d'attente ne peut être soulevée lors de l'audience relative à la seconde prolongation* ».

Aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Vous avez reconnu « *que sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable* »²⁶. En ce sens, comme le souligne à juste titre la Cour européenne des droits de l'homme, « *le droit à un procès équitable ne peut passer pour effectif que si les demandes et les observations des parties sont vraiment "entendues", c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi. Autrement dit, l'article 6 implique à la charge du "tribunal" l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence* »²⁷.

Selon l'article 12 du projet de loi, aucune irrégularité antérieure à la première audience décidant de la prolongation en zone d'attente ne peut être soulevée lors de l'audience relative à la seconde prolongation. Or, dans certains cas, établir une liste exhaustive des irrégularités survenues avant la première audience se révèle une tâche impossible, faute de moyens, ou de temps nécessaire à l'appréciation objective de la situation de l'étranger retenu en zone d'attente. User d'un critère temporel pour limiter la possibilité de

²⁶ C.C., 27 juil. 2006, déc. 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 11 ; cf. également, C.C., 09 avr. 1996, déc. 96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83.

²⁷ CEDH, 27 juil. 2006, *Nedžela c. France*, n° 73695/01, §48.

soulever certaines irrégularités restreint considérablement le champ d'analyse du juge judiciaire, appelé à se prononcer sur la régularité de la mesure privative de liberté. L'impunité de certaines irrégularités faciliterait les détentions arbitraires, et empêcherait le juge des libertés d'exercer un contrôle entier et effectif sur la privation de liberté de l'étranger. Or l'effectivité du contrôle du juge est une condition primordiale de la régularité de l'atteinte à la liberté au sens de l'article 66 de la Constitution comme de l'article 5 de la CEDH.

Une telle limitation est donc contraire à la fois à l'article 66 de la Constitution et à l'exigence constitutionnelle reconnaissant le droit à un recours effectif et à un procès équitable, d'autant plus que cet article 12 est susceptible de s'appliquer aux cas envisagés aux articles 10 et 11 sus-analysés. **Nous demandons donc au Conseil de juger l'article 12 de cette loi contraire à la Constitution, en son article 66, et à la Déclaration des droits et de l'homme et du citoyen, en son article 16.**

B – L'étendue du pouvoir du juge et l'effectivité de son contrôle

Article 13 : *« L'existence de garanties de représentation de l'étranger n'est pas à elle seule susceptible de justifier le refus de prolongation de son maintien en zone d'attente ».*

L'article 66 de la Constitution n'autorise certaines atteintes à la liberté individuelle qu'à la condition de les soumettre au contrôle du juge, et qu'elles respectent l'exigence de nécessité et de proportionnalité quant aux objectifs poursuivis. L'Etat doit trouver un juste équilibre entre l'intérêt général et les droits individuels. Ces mesures privatives de liberté ne sauraient être justifiées que si la préservation de l'ordre public en dépend.

L'article 13 prévoit que les garanties de représentation dont pourraient bénéficier les étrangers ne sont plus à elles seules susceptibles de justifier un refus de prolongation de la mesure privative de liberté.

Ces garanties de représentation consistent notamment en la possession par l'étranger d'un billet de retour vers son pays d'origine, d'une réservation hôtelière, d'une somme d'argent en espèces, ou encore de la présence en France d'un membre de la famille. A elles seules, elles étaient jusque là considérées comme les preuves d'un faible risque à laisser entrer la personne sur le territoire.

Dès lors, elles constituent un élément essentiel que le juge doit prendre en compte lorsqu'il apprécie la nécessité de prolonger la mesure privative de liberté. En interdisant au juge de se fonder uniquement sur l'existence de ces garanties de représentation pour refuser la prolongation du maintien en zone d'attente, l'article 13 restreint considérablement les pouvoirs du juge dans le contrôle qu'il exerce sur la nécessité du maintien de l'étranger en zone d'attente. Cet article remet en cause non seulement la proportionnalité et la nécessité des atteintes à la liberté individuelle, le rôle central joué par ces garanties, mais aussi l'effectivité du contrôle du juge exigée pourtant par l'article 66 de la Constitution.

Nous vous demandons donc de censurer l'article 13 de cette loi comme contraire à la Constitution, en son article 66 et à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen consacrant le droit à un recours effectif.

IX – LE SEJOUR DE MOINS DE TROIS MOIS D'UN CITOYEN DE L'UNION EUROPEENNE SUR LE TERRITOIRE FRANÇAIS ET LE RECOURS A L'ASSISTANCE SOCIALE

Article 22 : « Après l'article L. 121-4 du même code, il est inséré un article L. 121-4-1 ainsi rédigé : "Art. L. 121-4-1. – *Tant qu'ils ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale, les citoyens de l'Union européenne, les ressortissants d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, ainsi que les membres de leur famille tels que définis aux 4° et 5° de l'article L. 121-1, ont le droit de séjourner en France pour une durée maximale de trois mois, sans autre condition ou formalité que celles prévues pour l'entrée sur le territoire français*" ».

A – La violation du droit à la protection de la santé

Le droit à la protection de la santé bénéficie du champ de protection constitutionnelle du fait de son rattachement au onzième alinéa du Préambule de 1946 qui dispose que la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé* »²⁸. Selon votre jurisprudence constante, si le législateur peut aménager les conditions d'exercice de ce droit, c'est à la condition expresse qu'*il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles* »²⁹. Les modifications induites par l'article 22 déferé quant à l'accès aux soins et à la prise en charge sociale d'un ressortissant de l'Union européenne, d'un Etat membre de l'EEE, de la Confédération suisse ou d'un membre de sa famille ne doivent pas remettre en cause l'effectivité du droit à la protection de la santé ou attenter à sa substance même.

Dans leur majorité, les prestations sociales ou d'assurance maladie sont conditionnées à une présence sur le territoire français de plus de trois mois³⁰. Les étrangers visés par l'article 22 n'en bénéficient donc pas. La conciliation opérée par cette disposition entre le droit à la protection de la santé et la protection des finances publiques apparaît ainsi peu pertinente, puisque, en raison du court laps de temps passé sur le territoire français et des prestations auxquelles ils ont accès, ces citoyens de l'Union européenne n'ont nécessairement qu'un impact financier limité sur le système d'assistance sociale. Cet impact se résume en pratique à l'accès au dispositif des « soins urgents et vitaux ».

²⁸ C.C., 8 janv. 1991, déc. 90-283 DC, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, cons. 7 et 8.

²⁹ C.C., 12 mai 2010, déc. 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 33.

³⁰ Cf. par exemple, la couverture maladie universelle (art. L. 380-1 du Code de la sécurité sociale), l'aide médicale d'Etat (art. L. 251-1 du Code de l'action sociale et des familles), le revenu de solidarité active (art. L. 262-6 du Code de l'action sociale et des familles) ou encore l'allocation aux adultes handicapés (art. L. 821-1 du Code de la sécurité sociale).

Selon l'article L. 254-1 du Code de l'action sociale et des familles, les individus qui nécessitent « *des soins urgents dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de [leur] état de santé* » voient une partie de leurs frais médicaux pris en charge par l'Etat français, lorsqu'ils ne bénéficient pas d'une sécurité sociale ou/et qu'ils sont en situation irrégulière ; le reste des frais engagés est à leur charge.

Dans votre décision du 28 décembre 2010³¹, vous avez confirmé l'inconditionnalité de l'accès à de tels soins sur le fondement du onzième alinéa du Préambule de 1946. Or le texte qui vous est déféré contrevient directement à cette exigence. Aux termes de l'article 22, l'autorité administrative pourra décider que l'accès à des soins urgents et vitaux constitue une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale et justifie l'éloignement d'un individu visé par cet article ou d'un membre de sa famille.

En limitant ainsi l'accès pourtant inconditionnel au dispositif de l'article L. 254-1 du Code de l'action sociale et des familles, **l'article 22 appelle une censure de votre part pour violation du droit à la protection de la santé tel que consacré par l'alinéa 11 du Préambule de 1946.**

B – La violation du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine

Depuis votre décision du 27 juillet 1994, vous affirmez que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme [...] de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* »³². C'est précisément pour garantir le respect de ce principe y compris pour les individus les plus démunis, que des dispositifs d'assistance sociale, parmi lesquels celui des soins urgents et vitaux et celui de l'hébergement d'urgence, ont été mis en place. Selon l'article L. 345-2-2 du Code de l'action sociale et des familles, « *Toute personne sans abri en situation de détresse médicale, psychique et sociale a accès, à tout moment, à un dispositif d'hébergement d'urgence* ». L'accès à une telle structure est un droit non-conditionné à la nationalité ou à la régularité du séjour, mais lié à la situation de détresse médicale, psychique et sociale d'un individu.

Il existe ainsi un lien inextricable entre l'alinéa 11 du Préambule de 1946 et le principe de dignité de la personne humaine, lien que vous avez déjà reconnu en permettant une lecture combinée de ces exigences constitutionnelles³³. Le droit à la protection de la santé se présente comme une condition de réalisation et d'effectivité du principe de sauvegarde de la dignité, ce que confirme la Cour européenne des droits de l'homme qui, en matière de protection des droits des prisonniers, affirme que « *l'article 3 de la Convention impose à l'Etat de s'assurer que la détention s'effectue dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, [...] et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate* »³⁴. Le respect du principe de dignité humaine étant lié à celui du droit à la

³¹ C.C., 28 déc. 2010, déc. 2010-622 DC, *Loi de finances pour 2011*, cons. 36.

³² C.C., 27 juil. 1994, déc. 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 2.

³³ C.C., 19 janv. 1995, déc. 94-359 DC, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, cons. 5 à 7 ; C.C., 29 juil. 1998, déc. 98-403 DC, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, cons. 2 à 4.

³⁴ CEDH, 21 janv. 2011, n°30696/09, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, §221.

protection de la santé, l'action du législateur est soumise aux mêmes limites : le législateur peut modifier des dispositions législatives antérieurement adoptées, mais à la condition expresse de ne pas priver de garanties légales ces exigences constitutionnelles.

Or, l'article 22 n'exclut de son champ d'application ni le recours à l'hébergement d'urgence, ni celui au dispositif des soins urgents et vitaux. Il limite *de facto* l'accès à ces dispositifs d'urgence, plaçant les étrangers nécessiteux dans une situation de grande précarité tant administrative que sociale, ce qui contrevient de surcroît à la directive européenne n°2004/38/CE³⁵ qui rappelle que « *le droit de tous les citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres devrait pouvoir s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité* ».

Nous vous demandons donc de censurer l'article 22 pour violation du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, en raison de l'absence des garanties légales nécessaires à en garantir le respect.

C – La violation de l'exigence de transposition des directives européennes

Selon votre jurisprudence, il découle de l'article 88-1 de la Constitution l'obligation constitutionnelle de transposer en droit interne les directives européennes, et il vous appartient de veiller au respect de cette exigence³⁶. Force est de constater que l'article 22 opère une transposition manifestement incorrecte de la directive n°2004/38/CE précitée, en omettant notamment de transposer l'article 14, 3° de ladite directive qui prévoit que « *le recours au système d'assistance sociale par un citoyen de l'Union ou un membre de sa famille n'entraîne pas automatiquement une mesure d'éloignement* ».

Le droit de l'Union comprend la notion de « charge déraisonnable » de façon restrictive et contraignante pour les Etats membres. Conformément à l'alinéa 16 de la directive précitée, l'Etat qui veut restreindre l'accès de son territoire à un citoyen de l'Union européenne doit démontrer, au cas par cas, les caractères exorbitant et abusif de la prise en charge de celui-ci. La limitation du droit au séjour ne peut être décidée que si elle est fondée sur des facteurs objectifs (date de la découverte de la maladie, de la demande de soins sur le territoire d'accueil, etc). La Cour de justice de l'Union européenne rappelle qu'il ne faut pas seulement regarder le coût du traitement en cause, mais aussi la situation personnelle de l'intéressé (état de précarité momentanée suite à la perte d'un travail par exemple). Elle « *admet une certaine solidarité financière des ressortissants [des Etats membres], notamment si les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de séjour sont d'ordre temporaire* »³⁷.

³⁵ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, n°2004/38/CE*, 29 avr. 2004, Préambule, point 5.

³⁶ C.C., 12 mai 2010, déc. 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 17 et 18.

³⁷ CJUE, 20 sept. 2001, aff. C-184/99, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, §§ 43-44.

Il résulte du droit de l'Union que le seul accès à l'aide sociale ou à des soins, même coûteux, ne permet pas de mettre fin à l'autorisation de séjour d'un ressortissant européen ou de ne pas renouveler celle-ci, ce qui n'apparaît pas à la lettre de l'article 22. La directive précitée vise à harmoniser les législations des Etats membres en matière de libre circulation et de séjour des citoyens de l'Union sur leur territoire et fixe les règles minimales permettant le respect effectif des droits et libertés de ces individus. Si le législateur national peut adopter des dispositions plus favorables, il ne doit pas restreindre le droit au séjour des intéressés au-delà de ce que prescrit la directive. En permettant d'éloigner toute personne considérée comme constituant une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale, l'article 22 contrevient aux exigences de l'article 14, 3° de la directive précitée.

Dès lors, l'article 22 est manifestement incompatible avec la directive et appelle une censure de votre part – ou, à tout le moins, une interprétation stricte de la notion de « charge déraisonnable » et de ses conséquences – pour non-respect de l'article 88-1 de la Constitution.

X – LE SEJOUR DE L'ETRANGER MALADE

Article 26 : « À la première phrase du 11° de l'article L. 313-11 du même code, les mots : "qu'il ne puisse effectivement bénéficier" sont remplacés par les mots : "de l'absence" et après le mot : "originaire", sont insérés les mots : ", sauf circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé" ».

A – La violation du droit à la protection de la santé

L'esprit de la loi en vigueur, rappelé le 16 février 2011 par le Conseil d'Etat³⁸, est de permettre à un étranger gravement malade et sans accès effectif aux soins dans son pays d'origine de bénéficier d'une carte de séjour temporaire de plein droit dès lors que sa présence ne constitue pas une menace pour l'ordre public. Protégé de l'éloignement, l'étranger malade peut être soigné en France, dans des conditions de vie stable, afin d'éviter une mort prématurée ou la survenue de graves complications ou handicaps.

Conformément à nos développements sur l'article 22, si le législateur a le droit de modifier des dispositions législatives adoptées antérieurement ou d'y en substituer de nouvelles, il ne doit pas priver de garanties légales l'exigence constitutionnelle tirée de l'alinéa 11 du Préambule de 1946.

Cela étant, l'article 26 autorise désormais le renvoi d'un étranger malade vers un pays dans lequel il n'est pas assuré de recevoir effectivement un traitement approprié, au risque d'aggraver son mal et de mettre sa vie en danger. Formellement, la plupart des traitements sont présents dans la majorité des pays ; encore faut-il que les individus disposent de moyens suffisants pour se les procurer (tant financiers que de

³⁸ C.E., 16 fév. 2011, n°329450, *Benabid* ; voir également, C.E. Sect., 7 avr. 2010, n°301640, *Ministre de l'intérieur c. M. Jabnoun* ; C.E. Sect., 7 avr. 2010, n°31662, *Ministre de l'immigration, de l'intérieur, de l'identité nationale et du développement solidaire c. Mme Bialy*.

locomotion si le médicament ne se trouve que dans un hôpital éloigné du lieu de domicile). La seule condition de *l'existence* d'un traitement dans le pays de renvoi ne constitue aucunement une garantie propre à assurer le respect du droit à la protection de la santé de l'étranger en souffrance.

L'article 26 résulte de la volonté de concilier l'alinéa 11 du Préambule de 1946 et l'exigence d'équilibre des finances publiques. Selon votre jurisprudence, la conciliation entre exigences constitutionnelles et les limitations subséquentes sont possibles, à condition qu'elles ne soient pas « *manifestement disproportionnées* »³⁹. Cependant, l'impératif d'économie ne saurait justifier la dégradation à plus ou moins long terme de l'état de santé de l'étranger, voire son décès. Il existe une disproportion manifeste entre les conséquences concrètes de cette disposition et la nécessité de l'éloignement, d'autant que les étrangers visés ne constituent pas une menace pour l'ordre public.

L'article 26 prévoit certes une exception au refus de délivrer une carte de séjour de plein droit à l'étranger malade en cas de « *circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé* ». Mais la procédure dérogatoire ainsi prévue n'est pas de nature à valider l'article 26 au regard du droit à la protection de la santé puisqu'elle est destinée à rester exceptionnelle et qu'elle relève de l'appréciation discrétionnaire du préfet. L'avis du directeur général de l'ARS n'étant que consultatif, il revient à la seule autorité administrative de décider de la délivrance ou non du titre de séjour. Malgré l'existence d'un recours en cas de refus du titre de séjour, le juge ne pourra exercer un contrôle suffisant en raison de l'appréciation discrétionnaire du préfet sur la notion de « *circonstance humanitaire exceptionnelle* ».

En modifiant le droit au séjour pour raisons médicales sans l'assortir des garanties nécessaires au respect du droit à la protection de la santé, l'article 26 est contraire au onzième alinéa du Préambule de 1946 et doit être censuré.

B – La violation du droit au respect de la vie privée de l'étranger malade

En outre, la procédure dérogatoire laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'autorité administrative viole le principe du secret médical que vous avez expressément rattaché à l'article 2 de la Déclaration de 1789 qui pose le droit au respect de la vie privée⁴⁰. Pour octroyer de façon exceptionnelle un titre de séjour pour raisons médicales, le préfet devra nécessairement juger de la gravité de la pathologie en cause et appréciera les singularités de la situation personnelle et médicale de l'étranger au regard de l'avis du directeur général de l'ARS. Ce faisant, l'article 26 autorise donc la transmission de données médicales à l'autorité administrative, sans assortir cette dérogation au secret médical d'aucune des garanties susceptibles de préserver la vie privée de l'étranger.

³⁹ C.C., 26 nov. 2010, déc. 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S.*, cons. 32.

⁴⁰ C.C., 21 déc. 1999, déc. 99-422 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, cons. 51 et 52.

Selon votre jurisprudence, le droit au respect de la vie privée « *requiert que soit observée une particulière vigilance dans la collecte et le traitement de données à caractère personnel de nature médicale* »⁴¹. Le législateur peut certes concilier ce droit avec d'autres exigences de valeur constitutionnelle, parmi lesquelles l'équilibre financier de la sécurité sociale, mais cette conciliation ne doit pas être manifestement disproportionnée. A cet égard, il faut notamment que le droit au respect de la vie privée soit sauvegardé par un « *ensemble de garanties dont est assortie la mise en œuvre des dispositions* »⁴² venant le limiter.

La dérogation au secret médical n'étant assortie d'aucune précision ni garantie, nous vous demandons de censurer l'article 26 comme contraire à l'article 2 de la Déclaration de 1789 ou, à tout le moins, d'émettre une réserve d'interprétation permettant l'encadrement strict de cette procédure dans le respect effectif du droit au respect de la vie privée.

C – La violation du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine

L'article 26 soumis à votre sagacité doit également être examiné au regard du principe à valeur constitutionnelle de dignité de la personne humaine⁴³, qui englobe notamment le droit au respect de l'intégrité physique des individus. Tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, ce principe impose aux Etats parties de prendre en charge la santé déficiente des individus placés sous leur garde – notamment concernant les individus vulnérables, tels les étrangers ou les prisonniers⁴⁴-, et de ne pas éloigner un non-national vers un pays où il risque un traitement inhumain ou dégradant contraire à l'article 3 de la CEDH⁴⁵.

Les juges de Strasbourg ont précisé que « *la souffrance due à une maladie [...] peut relever de l'article 3 si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement – que celui-ci résulte de conditions de détention, d'une expulsion ou d'autres mesures – dont les autorités peuvent être tenues pour responsables* »⁴⁶. Refuser de soigner un étranger gravement malade sur le territoire français et le renvoyer vers un pays où il n'aura plus accès à son traitement, c'est l'envoyer vers une aggravation certaine de son état de santé, ce qui ne manquera pas d'entraîner d'extrêmes souffrances physiques et mentales, voire de précipiter sa mort.

L'article 26 ferme la procédure d'accès à un titre de séjour médical et permet le renvoi quasi-systématique des étrangers malades du territoire national, en violation du principe de dignité de la personne humaine. Or, selon votre jurisprudence, le législateur est certes en droit de définir les conditions d'admission des étrangers sur le territoire national, mais il se doit « *de respecter les engagements internationaux souscrits par la*

⁴¹ C.C., 12 août 2004, déc. 2004-504 DC, *Loi relative à l'assurance maladie*, cons. 5.

⁴² C.C., 23 juil. 1999, déc. 99-416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 47.

⁴³ C.C., 27 juil. 1994, déc. 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 2.

⁴⁴ CEDH, 26 oct. 2000, n°30210/96, *Kudla c. Pologne*. Les détenus ont droit à un traitement médical adapté, dispensé dans des conditions de détention en adéquation avec leur état de santé, sous peine de constituer un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la CEDH.

⁴⁵ CEDH, 7 juil. 1989, n°14038/88, *Soering c. Royaume-Uni*.

⁴⁶ CEDH, 29 avr. 2002, n°2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*, §52.

France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle»⁴⁷, condition qui n'est pas remplie en l'espèce. **Nous vous invitons donc à censurer l'article 26 pour non-respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.**

D – La violation de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé publique

L'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé publique⁴⁸ se présente comme étant une condition de l'effectivité du onzième alinéa du Préambule de 1946 qui « *garantit à tous [...] la protection de la santé* ». En vertu de cet objectif, le législateur doit favoriser la sécurité sanitaire par la mise en œuvre d'une politique sociale adéquate. Cependant, l'article 26 n'apparaît pas conforme à cet objectif, puisque les étrangers malades hésiteront davantage à consulter un médecin, de peur d'être renvoyés dans leur pays d'origine. Leur prise en charge tardive donnera lieu à des complications, des surcoûts hospitaliers ainsi qu'à des risques sanitaires de propagation de la maladie. De même, durant la période nécessaire à exécuter la mesure d'éloignement, un étranger gravement malade pourra contaminer d'autres individus en raison de sa situation de précarité et du défaut de suivi médical approprié. Les conséquences engendrées par l'article 26 s'écartent ainsi radicalement des logiques de prévention, de dépistage et de sécurité sanitaire.

La limitation des titres de séjour médicaux, en ne permettant pas la mise en œuvre de l'objectif de protection de la santé publique, a « *pour effet [...] de priver de protection légale [le] principe de valeur constitutionnelle* »⁴⁹ tiré de l'alinéa 11 du Préambule de 1946. **Nous vous demandons donc de censurer l'article 26 pour violation de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé publique.**

XI – LA VIOLATION DU PRINCIPE DE LEGALITE DES DELITS ET DES PEINES PAR L'INFRACTION DE « MARIAGE GRIS »

Article 33 : « *Le premier alinéa de l'article L. 623-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est complété par une phrase ainsi rédigée : "Ces peines sont également encourues lorsque l'étranger qui a contracté mariage a dissimulé ses intentions à son conjoint" ».*

Par une jurisprudence constante, vous affirmez que « *le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, l'obligation [...] de définir*

⁴⁷ C.C., 22 janv. 1990, déc. 89-269 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 33.

⁴⁸ C.C., 13 août 1993, déc. 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 70.

⁴⁹ C.C., 29 juil. 1986, déc. 86-210 DC, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, cons. 23.

les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis»⁵⁰. De même, l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi « *qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 [impose au législateur] d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* »⁵¹. A la lecture de la nouvelle infraction de « mariage gris », l'on ne peut pourtant que soulever l'obscurité du principal élément constitutif : le défaut d'intention matrimoniale de l'étranger, aux dépens du conjoint de bonne foi. La subjectivité de la notion d'« *intention matrimoniale* » n'est pas à même d'exclure tout risque d'arbitraire dans l'application de la loi pénale. Comment s'assurer de l'intensité des sentiments d'un individu ? Quel degré doit-être atteint pour autoriser un mariage ? Comment distinguer entre l'absence *ab initio* de sentiments et leur éventuel étiolement au cours de l'union ? Non seulement l'article 33 n'exclut pas l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais il ne permet pas non plus d'« *éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions* »⁵². En l'absence de précisions supplémentaires, l'autorité compétente pourra de façon discrétionnaire diligenter une enquête poussée et donc nécessairement attentatoire à l'intimité de la vie privée afin de constater l'absence d'intention matrimoniale.

En ne précisant pas et en n'exigeant pas de preuves objectives pour constater la fraude de l'étranger, l'article 33 est contraire à l'article 8 de la Déclaration de 1789 ainsi qu'à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, et appelle ainsi une censure de votre part.

XII – L'ASSIGNATION A RESIDENCE (ARTICLE 47)

L'article 47 du projet de loi qui vous est déféré modifie le CESEDA pour y inscrire d'une part les articles L. 561-1 à L. 561-3 consacrés à l'assignation à résidence, d'autre part les articles L. 562-1 à L. 562-3 concernant l'assignation à résidence sous surveillance électronique.

A – L'article L. 561-1 du CESEDA

« *Art. L. 561-1. – Lorsque l'étranger justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français ou ne peut ni regagner son pays d'origine, ni se rendre dans aucun autre pays, l'autorité administrative peut, jusqu'à ce qu'existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation, l'autoriser à se maintenir provisoirement sur le territoire français en l'assignant à résidence, par dérogation à l'article L. 551-1, dans les cas suivants :*

« *1° Si l'étranger fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français sans délai ou si le délai de départ volontaire qui lui a été accordé est expiré ;*

« *2° Si l'étranger doit être remis aux autorités d'un État membre de l'Union européenne en application des articles L. 531-1 ou L. 531-2 ;*

« *3° Si l'étranger doit être reconduit à la frontière en application de l'article L. 531-3 ;*

⁵⁰ C.C., 25 fév. 2010, déc. 2010-604 DC, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 8.

⁵¹ C.C., 15 nov. 2007, déc. 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 19.

⁵² C.C., 25 fév. 2010, cons. 8.

« 4° Si l'étranger doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction de retour ;

« 5° Si l'étranger doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction du territoire prévue au deuxième alinéa de l'article 131-30 du code pénal.

« La décision d'assignation à résidence est motivée. Elle peut être prise pour une durée maximale de six mois, et renouvelée une fois ou plus dans la même limite de durée, par une décision également motivée. Par exception, cette durée ne s'applique ni aux cas mentionnés au 5° du présent article, ni à ceux mentionnés aux articles L. 523-3 à L. 523-5 du présent code.

« L'étranger astreint à résider dans les lieux qui lui sont fixés par l'autorité administrative doit se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie. L'autorité administrative peut prescrire à l'étranger la remise de son passeport ou de tout document justificatif de son identité dans les conditions prévues à l'article L. 611-2. Si l'étranger présente une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, l'autorité administrative peut le faire conduire par les services de police ou de gendarmerie jusqu'aux lieux d'assignation.

« Le non-respect des prescriptions liées à l'assignation à résidence est sanctionné dans les conditions prévues à l'article L. 624-4 ».

Ainsi conçu, l'article L. 561-1 est contraire à la Constitution sur plusieurs points :

1 – Violation de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958

L'article L. 561-1 soumis à votre examen porte atteinte à l'article 66 de la Constitution de 1958 qui consacre le droit à la sûreté et la liberté individuelle⁵³. Aux termes de l'article 66 en effet, « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». L'intervention de l'autorité judiciaire apparaît ainsi comme une condition *sine qua non* pour le respect de cette prescription. S'il est vrai que la notion d'autorité judiciaire est interprétée largement dans votre jurisprudence, il est également exact de souligner que toute mesure qui ne satisfait pas à l'exigence d'intervention de l'autorité judiciaire encourt, pour cette raison, l'invalidation pour non-conformité à la Constitution.

Le problème de l'article L. 561-1 est qu'il laisse l'autorité administrative prononcer l'assignation à résidence sans prévoir aucun contrôle de l'autorité judiciaire. Or l'assignation à résidence, telle que la prévoit l'article L. 561-1, entre dans le champ d'application de l'article 66 de la Constitution. Votre jurisprudence retient en effet une acception large des mesures concernées par cette disposition. Il résulte ainsi de vos décisions qu'une mesure sera envisagée comme entrant dans le champ d'application de cette prescription dès lors qu'elle fait peser sur l'individu et sur ses libertés une contrainte que vous estimez suffisante. Comme le notent, Thierry Serge Renoux et Michel de Villiers : « La détention au sens de l'article C. 66 revêt une portée assez large puisqu'elle inclut aussi bien la détention *stricto sensu* [...] laquelle s'effectue contre le gré de l'intéressé, peut donc présenter le caractère d'une sanction et s'effectue dans les locaux de l'administration pénitentiaire, que la rétention permettant de s'opposer à la liberté d'aller et venir d'un individu durant le seul temps nécessaire à l'exercice d'une formalité de police

⁵³ C.C., 12 janv. 1977, déc. 76-75 D.C., *Fouille des véhicules*, cons. 1.

administrative [...] ou au complet déroulement d'un procès [...], enfin le maintien en zone d'attente, que l'individu (en instance de refoulement) peut à tout moment quitter s'il choisit une destination étrangère»⁵⁴.

Or, l'assignation à résidence, telle qu'elle est prévue par l'article L. 561-1, implique une contrainte forte sur la liberté d'aller et venir de l'étranger ainsi que sur ses autres droits et libertés constitutionnels, contrainte comparable à celle qui résulte du maintien en zone d'attente que votre jurisprudence soumet aux prescriptions de l'article 66. Dans la décision du 25 février 1992, qui concernait le maintien de l'étranger en zone d'attente, vous avez en effet décidé que : « *s'il n'entraîne pas à l'encontre de l'intéressé un **degré de contrainte** comparable à celui qui résulterait de son placement en rétention administrative, un tel maintien [le maintien en zone d'attente] a néanmoins pour conséquence, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, d'affecter la liberté de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution* »⁵⁵.

La très longue durée de l'assignation à résidence, l'absence de précisions quant à ses limites territoriales (qui peuvent donc être particulièrement étroites), l'obligation de se présenter à échéance régulière devant les services de police ou de gendarmerie, l'impossibilité pour l'étranger désargenté de pourvoir par lui-même à ses besoins élémentaires, conjuguées à l'impossibilité de quitter le territoire national font peser sur ce dernier une contrainte qui affecte sa liberté individuelle au sens de l'article 66, étant entendu en outre que le non respect de l'obligation d'assignation fait encourir une peine d'emprisonnement de 3 ans ferme. Enfin, la disposition selon laquelle : « *Si l'étranger présente une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, l'autorité administrative peut le faire conduire par les services de police ou de gendarmerie jusqu'aux lieux d'assignation* », implique une contrainte encore plus forte sur l'étranger exigeant manifestement l'intervention de l'autorité judiciaire.

Nous vous demandons de censurer l'article L. 561-1 comme contraire à l'article 66 de la Constitution car l'assignation à résidence qu'il organise entre dans le champ d'application de l'article 66 de la Constitution, mais ne prévoit aucune intervention de l'autorité judiciaire.

2 – Atteinte excessive à la liberté d'aller et venir composante de la liberté personnelle

Au cas peu probable où vous estimeriez que l'article L. 561-1 ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 66 de la Constitution, vous seriez, en tout état de cause, conduit à le censurer pour une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir de l'étranger au regard des nécessités de l'ordre public.

L'article L. 561-1 alinéa 1^{er} porte atteinte à la liberté d'aller et venir de l'étranger, composante de la liberté personnelle consacrée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789⁵⁶ et qui constitue un droit fondamental reconnu à « *tous ceux qui résident sur le territoire de la*

⁵⁴ Thierry Serge Renoux, Michel de Villiers, *Code constitutionnel*, Litec, 2011, p. 724.

⁵⁵ C. C., 25 fév. 1992, déc. 92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 15.

⁵⁶ C.C., 13 mars 2003, déc. 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 8 ; C.C., 20 nov. 2003, déc. 2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 94.

République »⁵⁷. Cette liberté implique bien évidemment le droit de quitter le territoire national mais aussi et surtout celui de s'y déplacer⁵⁸. Vous soulignez par ailleurs dans votre jurisprudence que l'atteinte portée à la liberté d'aller et venir par le législateur n'est tolérée que *si et dans la mesure où* la loi en question n'institue pas une gêne excessive à la jouissance du droit considéré⁵⁹, ce qui implique notamment que les mesures exigées soient justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public⁶⁰. Or l'assignation à résidence vise seulement à éviter que l'étranger qui n'a pas obtenu le droit de séjourner en France ne se maintienne indéfiniment sur le territoire alors qu'il est soumis à l'obligation de le quitter sans pouvoir matériellement le faire ; elle n'a ni pour but ni pour objet de sauvegarder la sécurité, la tranquillité ou la salubrité publique qui ne sont pas en cause ici. Cette assignation à résidence peut être prononcée pour une durée de 6 mois renouvelable plusieurs fois sans que le nombre de renouvellements soit limité par le texte de l'article L. 561-1. Le texte ne précise pas non plus l'étendue géographique des lieux d'assignation qui peut donc être très limitée ; il permet en revanche à l'autorité administrative d'imposer à l'étranger la remise de ses documents d'identité, ce qui, au vu des nombreux contrôles dont les étrangers sont susceptibles de faire l'objet, ne peut que restreindre encore sa liberté d'aller et venir.

Nous vous demandons de juger que l'atteinte ainsi portée à la liberté d'aller et venir de l'étranger sur le territoire national, notamment par la durée prévue de l'assignation à résidence et par l'absence de précisions quant à l'étendue territoriale des lieux d'assignation, est manifestement excessive au regard des nécessités de l'ordre public.

3 – Atteinte au principe de dignité

L'atteinte portée à la liberté de l'étranger ne lui permet pas de subvenir à ses besoins les plus élémentaires par la recherche et/ou l'occupation d'un emploi. N'ayant pas de droit de séjour en France, l'étranger assigné à résidence n'a pas le droit de travailler. L'article L. 561-1 qui reconnaît l'impossibilité pour l'étranger de quitter le territoire et permet dans ce cas à l'autorité administrative de l'assigner à résidence pendant des mois, voire des années, ne prévoit rien quant aux conditions dans lesquelles l'étranger pourra survivre. Le législateur porte ainsi atteinte au principe de dignité reconnu par votre jurisprudence et qui impose de veiller à ce que les personnes placées sous la surveillance et l'autorité des pouvoirs publics puissent bénéficier de conditions de vie décentes⁶¹. En soumettant l'étranger qui ne peut pas quitter le territoire à une assignation à résidence qui peut durer des mois sans pouvoir subvenir lui-même à ses besoins, le législateur le condamne à dépendre d'une assistance dont rien n'indique qu'elle soit

⁵⁷ C.C., 13 août 1993, déc. 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 3.

⁵⁸ *Id.*, cons. 102.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ C.C., 13 mars 2003, déc. 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 9.

⁶¹ Voir sur ce point la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme précitée (*supra*), ainsi que l'article 11 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et l'article 25.1 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*.

effectivement prévue et à vivre dans des conditions indignes, ce qui est, en outre, contraire aux objectifs de la directive 2008/115/CE telle que l'interprète la Cour de Justice de l'Union européenne⁶².

Nous vous demandons par conséquent de censurer l'article L. 561-1 en ce qu'il ne met pas en place les garanties légales des exigences constitutionnelles liées au principe de dignité.

4 – Violation de l'objectif d'intelligibilité de la loi du fait de l'imprécision des dispositions de l'article L. 561-1

Comme nous l'avons relevé précédemment, les termes de l'art L. 561-1 manquent de précision sur plusieurs points essentiels : limites territoriales de l'assignation à résidence, conditions de vie de l'étranger (et notamment possibilité de travailler), durée maximale de l'assignation : sur ce point, le nombre de renouvellements n'est pas limité et l'article L. 561-1 se contente de disposer que « *l'autorité administrative peut, jusqu'à ce qu'existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation, l'autoriser à se maintenir provisoirement sur le territoire français en l'assignant à résidence* ».

Par ces imprécisions, le législateur laisse aux seules autorités administratives le soin de décider des conditions d'assignation de l'étranger alors même que sont en jeu des libertés essentielles.

Nous vous demandons de censurer ces dispositions au titre de l'objectif d'intelligibilité de la loi.

5 – Violation de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

L'alinéa 4 de l'article L. 561-1 du texte soumis à votre examen prévoit que l'étranger encourt trois ans d'emprisonnement s'il ne respecte pas les prescriptions liées à l'assignation à résidence, c'est-à-dire lorsqu'il ne rejoint pas sa résidence dans les délais impartis ou lorsqu'il quitte sa résidence sans autorisation administrative. Cette peine encourue de trois années d'emprisonnement est manifestement excessive au regard de la gravité réelle de l'infraction et de l'atteinte éventuelle que le comportement de l'intéressé risque de porter à l'ordre public. Vous avez décidé sur ce point qu'il vous appartenait de contrôler et, le cas échéant, de sanctionner par le biais de l'invalidation, les disproportions manifestes qui existent entre l'infraction commise et le quantum de la peine éventuellement encourue.

Dans votre décision du 9 août 2007, vous rappelez que « *si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* »⁶³.

Vous constaterez que dans le cas qui est soumis à votre examen, la peine encourue est rigoureusement la même que dans l'hypothèse d'infractions dans lesquelles le trouble porté à l'ordre public s'avère nettement

⁶² CJUE, 28 avr. 2011, *Hassen El Dridi*, aff. C-61/11 PPU, § 31 : « *La directive 2008/115 poursuit la mise en place d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement fondée sur des normes communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux ainsi que de leur dignité* ».

⁶³ C.C., 9 août 2007, déc. 2007-554 DC, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, cons. 8.

plus important. Ainsi en est-il de l'abus de confiance (art. 314-1 du code pénal), de l'homicide involontaire (art. 221-6 du code pénal) ou du fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations de nature sexuelle de la part d'un mineur se livrant à la prostitution y compris de façon occasionnelle (art. 225-12-1 al. 1^{er} du code pénal). Il n'existe de surcroît aucune raison particulière qui ait été avancée par le législateur pour venir justifier une pareille sévérité. Aussi la peine encourue n'est-elle pas seulement manifestement disproportionnée par rapport à l'infraction mais elle est aussi dépourvue de toute nécessité réelle.

En cela, la sanction de trois ans d'emprisonnement est contraire au principe de nécessité des peines ; nous vous demandons par conséquent de la censurer au titre de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

6 – Violation de l'article 88-1 de la Constitution

La directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne, interdit de sanctionner pénalement le séjour irrégulier de l'étranger. La CJUE considère notamment dans l'arrêt *Hassan El Dridi* rendu le 28 avril 2011 que « *les États membres ne sauraient prévoir, en vue de remédier à l'échec des mesures coercitives adoptées pour procéder à l'éloignement forcé conformément à l'article 8, paragraphe 4, de ladite directive, une peine privative de liberté, [...] pour le seul motif qu'un ressortissant d'un pays tiers continue, après qu'un ordre de quitter le territoire national lui a été notifié et que le délai imparti dans cet ordre a expiré, de se trouver présent de manière irrégulière sur le territoire d'un État membre [...] En effet, une telle peine, en raison notamment de ses conditions et modalités d'application, risque de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par ladite directive, à savoir l'instauration d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier* »⁶⁴.

Or la sanction prononcée en cas de non respect de l'assignation à résidence est une sanction résultant du séjour irrégulier de l'étranger. Elle est par conséquent contraire à la directive que la loi qui vous est déférée a pour objet de transposer. Or il résulte de votre jurisprudence « *qu'aux termes du premier alinéa de l'article 88-1 de la Constitution : "La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences" ; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle ; [...] qu'il appartient par suite au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence* »⁶⁵.

Si le contrôle que vous exercez sur la loi de transposition est habituellement limité à un contrôle de l'incompatibilité manifeste, c'est en raison de ce que « *devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés*

⁶⁴ CJUE, 28 avr. 2011, *Hassan El Dridi*, aff. C-61/11 PPU, §§ 58 et 59.

⁶⁵ C.C., 30 nov. 2006, déc. 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, cons. 5 et 6.

européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne»⁶⁶. Cette limitation de votre contrôle n'a ici pas lieu d'être dans la mesure où la directive a fait l'objet d'une interprétation par la CJUE.

La directive ayant fait l'objet d'une interprétation par la CJUE, il n'y a plus d'incertitude pesant sur la portée de ses dispositions, vous pourrez donc d'autant plus facilement constater l'incompatibilité de l'article L. 561-1 avec la directive retour qu'il prétend transposer. C'est pourquoi nous vous demandons de censurer cet article au titre de l'article 88-1 de la Constitution.

B – L'article L. 561-2 du CESEDA

L'article soumis à votre examen est rédigé comme suit : « *Dans les cas prévus à l'article L. 551-1, l'autorité administrative peut prendre une décision d'assignation à résidence à l'égard de l'étranger pour lequel l'exécution de l'obligation de quitter le territoire demeure une perspective raisonnable et qui présente des garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque mentionné au II de l'article L. 511-1 qu'il se soustraie à cette obligation. Les trois derniers alinéas de l'article L. 561-1 sont applicables, sous réserve de la durée maximale de l'assignation, qui ne peut excéder une durée de quarante-cinq jours, renouvelable une fois* ».

Cet article pose des problèmes identiques à ceux déjà soulevés à propos de l'article L. 561-1 (atteinte à l'article 66 de la Constitution, à la liberté personnelle, au principe de dignité, à l'objectif d'intelligibilité de la loi et à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme).

Nous vous demandons par conséquent d'annuler l'article L. 561-2 pour les mêmes raisons que celles qui vous auront conduit à annuler l'article L. 561-1.

En outre, à la différence de l'article L. 561-1, l'assignation prévue par l'article L. 561-2 est prononcée à l'encontre d'un étranger « *qui présente des garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque* » de fuite. Même si la durée maximale de l'assignation est limitée ici à 90 jours, la contrainte pesant sur l'étranger qui se trouve dans l'impossibilité de quitter le territoire est manifestement excessive au regard des nécessités de l'ordre public puisque, par hypothèse, l'étranger concerné présente des garanties de représentation effectives. La mesure d'assignation à résidence n'est donc absolument pas justifiée et constitue une restriction aux libertés de l'étranger manifestement disproportionnée.

Si vous ne reteniez pas l'argumentation développée pour l'article L. 561-1 et applicable à l'article L. 561-2, nous vous demandons de censurer ce dernier pour une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté individuelle de l'étranger au regard des nécessités de l'ordre public.

⁶⁶ *Ibid.*

L'article L. 561-2 est en outre manifestement contraire à la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, telle que l'interprète la CJUE, notamment dans son arrêt *Hassen El Dridi* rendu le 28 avril 2011 par sa première chambre. Il ressort notamment du point 37 de l'arrêt que « *ce n'est que dans des circonstances particulières, telles que l'existence de risque de fuite, que les États membres peuvent, d'une part, imposer au destinataire d'une décision de retour l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé ou, d'autre part, prévoir un délai de départ volontaire inférieur à sept jours, voire s'abstenir d'accorder un tel délai* ». Or, l'assignation à résidence prévue par l'article L. 561-2 du CESEDA concerne des étrangers qui présentent pourtant des garanties de représentation effectives sans que le législateur mette en avant d'autres circonstances particulières susceptibles de justifier une telle mesure attentatoire à la liberté de l'étranger.

Nous vous demandons par conséquent de censurer l'article L. 561-2 également au titre de l'article 88-1 de la Constitution en ce qu'il constitue une transposition manifestement incorrecte de la directive 2008/115/CE.

C – L'article L. 562-1 et les alinéas 1 et 2 de l'article L. 562-2

« Art. L. 562-1. – Dans les cas prévus à l'article L. 551-1, lorsque l'étranger est père ou mère d'un enfant mineur résidant en France dont il contribue effectivement à l'entretien et à l'éducation dans les conditions prévues à l'article 371-2 du code civil depuis la naissance de celui-ci ou depuis au moins deux ans et lorsque cet étranger ne peut pas être assigné à résidence en application de l'article L. 561-2 du présent code, l'autorité administrative peut prendre une décision d'assignation à résidence avec surveillance électronique, après accord de l'étranger.

« La décision d'assignation à résidence avec surveillance électronique est prise par l'autorité administrative pour une durée de cinq jours.

« La prolongation de la mesure par le juge des libertés et de la détention s'effectue dans les mêmes conditions que la prolongation de la rétention administrative prévue au chapitre II du titre V du présent livre ».

Désormais, l'assignation à résidence avec placement sous surveillance électronique peut être prononcée par l'autorité administrative à l'encontre de certains étrangers parents d'enfant mineur résidant en France et contribuant à leur entretien et leur éducation. L'article L. 562-1 doit être lu en relation avec les articles L. 551-1 (tel qu'il résulte de l'article 44 du projet qui vous est déféré) et L. 561-2 dans sa version résultant de l'article 47 du même projet. Il en résulte que les étrangers concernés par l'assignation à résidence sous surveillance électronique sont soit ceux qui ne présentent pas de garanties de représentation effectives (sinon ils pourraient faire l'objet d'une assignation simple pour une durée maximale de 90 jours sur le fondement de l'article L. 561-2 qui leur serait alors applicable), soit ceux pour lesquels l'obligation de quitter le territoire ne constitue plus une perspective raisonnable, et qui font partie des étrangers énumérés à l'article L. 551-1. Mais dans la mesure où la liste de l'article L. 551-1 est partiellement reprise par l'article

L. 561-1 justifiant une assignation simple pour une durée de 6 mois renouvelables, on est conduit à supposer que le prononcé de l'assignation avec surveillance électronique n'est susceptible de concerner que les hypothèses figurant uniquement à l'article L. 551-1 (à l'exclusion de celles prévues à l'article L. 561-1), autrement dit aux étrangers qui font l'objet d'un arrêté d'expulsion (L. 551-1 2°), ou qui font l'objet d'un signalement aux fins de non admission (L. 551-1 4°) ou d'un arrêté de reconduite à la frontière pris moins de 3 années auparavant en application de l'art L. 533-1. Cet article L. 533-1 est inséré dans le CESEDA par l'article 65 du projet de loi et concerne les étrangers qui font l'objet d'une reconduite à la frontière parce que leur comportement constitue une menace pour l'ordre public (L. 533-1 1°) ou parce qu'ils ont méconnu les dispositions de l'article L. 5221-5 du code du travail (L. 533-1 2°). Est également concerné l'étranger qui, « 8° *Ayant fait l'objet d'une décision de placement en rétention au titre des 1° à 7°, n'a pas déféré à la mesure d'éloignement dont il est l'objet dans un délai de sept jours suivant le terme de son précédent placement en rétention ou, y ayant déféré, est revenu en France alors que cette mesure est toujours exécutoire* » (article L. 551-1 8°).

Vous reconnaîtrez d'abord sans peine que **la nécessaire combinaison de ces différents articles rend la lecture de l'article L 562-1 particulièrement difficile. Il s'agit clairement ici d'un cas d'inintelligibilité de la loi et donc de la violation de l'objectif d'intelligibilité que vous avez consacré, objectif dont le respect est particulièrement nécessaire s'agissant d'un texte qui limite les libertés des étrangers.**

Outre la violation de cet objectif d'intelligibilité de la loi, l'article L 562-1 est contraire à la Constitution sur plusieurs points :

- **Il constitue une violation de l'article 66 de la Constitution**

Cet article institue pour la première fois une assignation avec surveillance électronique décidée par la seule autorité administrative. Jusqu'à présent cette mesure ne pouvait être décidée que par le juge judiciaire et seulement à l'encontre de personnes mises en examen en attendant leur jugement, le code de procédure pénale encadrant très précisément la mesure (voir les articles L. 142-5 à L. 142-13 du Code de procédure pénale).

Quoique la mesure soit décidée par l'autorité administrative et non par le juge, l'assignation à résidence de l'article L. 562-1 ne prévoit pratiquement aucune garantie. Comme nous l'avons montré précédemment, l'assignation à résidence telle qu'elle est conçue par les articles L. 561-1 et L. 561-2 relève du champ d'application de l'article 66. Il en va de même *a fortiori* de l'assignation à résidence avec surveillance électronique de l'article L. 562-1 du fait du degré de contrainte particulièrement renforcée qu'elle impose à l'étranger. Cette contrainte est précisée par l'article L. 562-2, notamment par ses alinéas 1 et 2 selon lesquels :

« Art. L. 562-2. – L'assignation à résidence avec surveillance électronique emporte, pour l'étranger, interdiction de s'absenter de son domicile ou de tout autre lieu désigné par l'autorité administrative ou le juge des libertés et de la détention en dehors des périodes fixées par ceux-ci.

« Le contrôle de l'exécution de la mesure est assuré au moyen d'un procédé permettant de détecter à distance la présence ou l'absence de l'étranger dans le seul lieu désigné par le juge des libertés et de la détention pour chaque période fixée. La mise en œuvre de ce procédé peut conduire à imposer à la personne assignée le port, pendant toute la durée du placement sous surveillance électronique, d'un dispositif intégrant un émetteur ».

Or, d'une part la décision est prise par la seule autorité administrative alors que les mesures similaires existant actuellement dans le droit positif confient la décision au juge judiciaire, d'autre part le juge judiciaire n'est conduit ici à intervenir qu'au bout de 5 jours, pour autoriser la prolongation de la mesure. Cette intervention peut même n'avoir lieu qu'au bout de 6 jours puisque la prolongation de la mesure s'effectue dans les mêmes conditions que celles de la rétention administrative modifiées par le présent projet de loi (voir l'article 51 du texte qui vous est déféré qui laisse 24 heures au juge judiciaire pour se prononcer). Votre jurisprudence constante exige une intervention de l'autorité judiciaire dans les plus brefs délais, ce qui n'est pas le cas d'un délai de 5 jours (voir notamment vos décisions concernant le maintien en zone d'attente dont la prolongation impose l'intervention du juge judiciaire dans les 4 jours suivant le placement initial)⁶⁷. Cette assignation peut en outre être prolongée par le juge pour une première période de 20 jours, et une seconde fois pour la même durée, ce qui signifie qu'il n'est saisi la deuxième fois qu'au bout de 20 jours (ou de 25 jours après la décision initiale).

L'article L. 562-1 ne prévoit par ailleurs qu'une seule garantie au profit de l'étranger, celle de son accord, lors du prononcé de la mesure, et la décision est prise sans véritable débat contradictoire.

Présentée comme une mesure de police administrative, l'assignation à résidence avec bracelet électronique a en réalité tous les traits d'une mesure de type répressif sans être accompagnée d'aucune des garanties liées à une sanction, ni à une mesure privative de liberté. Même si l'assignation à résidence de l'article L. 562-1 constitue une alternative à la rétention plus contraignante, elle est donc contraire à l'article 66 de la Constitution, ainsi qu'à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans la mesure où elle n'est pas assortie de garanties suffisantes.

Pour toutes ces raisons, nous vous demandons de censurer l'article L. 562-1 du CESEDA tel qu'il est issu du texte qui vous est soumis.

- L'atteinte manifestement excessive aux droits et libertés de l'étranger

Outre les arguments déjà soulevés à propos des articles L. 561-1 et L. 561-2 (atteinte à la liberté personnelle, au principe de dignité, à l'article 66 de la Constitution, à l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen s'agissant du dernier alinéa de l'article L. 562-2), les articles L. 562-1 et L. 562-2 portent atteinte au droit au respect de la vie privée dont votre juridiction a reconnu la valeur

⁶⁷ C.C., 25 fév. 1992, déc. 92- 307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 16 : « Considérant que, quelles que soient les garanties dont les dispositions de l'article 35 quater entourent le maintien en zone de transit des étrangers, ces dispositions ne prévoient pas l'intervention de l'autorité judiciaire en vue d'autoriser, s'il y a lieu, la prolongation du maintien, et en lui permettant ainsi d'apprécier, de façon concrète, la nécessité d'une telle mesure ; qu'en tout état de cause, sa durée ne saurait excéder un délai raisonnable ».

constitutionnelle, d'abord implicitement par les décisions du 12 janvier 1977 et du 18 janvier 1995, puis explicitement par la décision du 21 décembre 1999⁶⁸, ainsi qu'au droit au respect de la vie familiale normale⁶⁹ particulièrement concerné ici s'agissant de parents d'enfants mineurs. L'accord de l'étranger pour le prononcé de cette mesure ne peut être analysé comme une garantie effective dans la mesure où l'étranger n'a pas d'autre alternative que d'accepter l'assignation avec surveillance électronique s'il veut éviter soit que son enfant parte en rétention avec lui, soit qu'il soit séparé de son enfant. Le législateur met ainsi l'étranger dans une situation gravement attentatoire à sa dignité, à sa liberté, ainsi qu'à celles de ses enfants.

S'il appartient au législateur de concilier ces droits avec le respect de l'ordre public, cette conciliation paraît ici totalement disproportionnée par rapport à la menace à l'ordre public que représente l'étranger concerné. Certes, l'article L. 562-2 a vocation à s'appliquer essentiellement (mais pas exclusivement) aux étrangers dont l'administration a estimé que leur présence constituait une menace à l'ordre public. Le texte évoque cependant une simple menace à l'ordre public, et non une menace grave, alors que l'étranger ne sera pas simplement soumis à une assignation à résidence, mais également à un placement sous surveillance électronique. En outre, l'article L. 562-1 est également applicable à l'étranger faisant l'objet d'un signalement aux fins de non admission (article L. 551-1 4°), or ce signalement n'est pas nécessairement lié à une menace à l'ordre public, mais plus simplement à une mesure d'éloignement antérieure prononcée éventuellement par un autre Etat de l'espace Schengen. La menace à l'ordre public apparaît donc ici particulièrement faible et ne peut justifier une restriction aussi importante aux droits de l'étranger, celui-ci se voyant imposer, devant ses enfants, le port d'un bracelet électronique et une surveillance constante.

Nous vous demandons par conséquent de censurer comme contraire à la Constitution la conciliation opérée par l'article L. 562-1 entre les nécessités de l'ordre public et les droits et libertés de l'étranger en ce qu'elle est manifestement disproportionnée

XIII – SUR L'ALINEA 3 DE L'ARTICLE L. 562-2

« Le contrôle à distance de la mesure est assuré par des fonctionnaires de la police ou de la gendarmerie nationales qui sont autorisés, pour l'exécution de cette mission, à mettre en œuvre un traitement automatisé de données nominatives ».

Les prescriptions de l'article L. 562-2 manquent tout à la fois de précision quant aux fonctionnaires susceptibles d'exercer le contrôle à distance et de mettre en œuvre le traitement informatique, et portent une atteinte excessive à la liberté personnelle de l'étranger en ne prévoyant aucune garantie pour le traitement de ces données. Cette disposition, en octroyant le contrôle des déplacements de l'étranger placé

⁶⁸ C.C., 12 janv. 1977, déc. 76-75 DC, *Fouille des véhicules* ; C.C., 18 janv. 1995, déc. 94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité* ; C.C., 21 déc. 1999, déc. 99-422 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, cons. 52.

⁶⁹ C.C., 3 sept. 1986, déc. 86-216, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* ; C.C., 13 août 1993, déc. 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

sous surveillance électronique à un fonctionnaire de police ou de gendarmerie sans viser expressément quel sera l'agent qui sera habilité à exercer un tel contrôle, constitue à la fois une incompétence négative de la part du législateur et une violation de l'article 66 qui réserve à l'autorité judiciaire le contrôle des mesures attentatoires à la liberté individuelle. Par ailleurs cette disposition autorise les fonctionnaires de la police ou de la gendarmerie nationale à regrouper les données relatives aux mouvements des étrangers placés sous surveillance électronique sous forme de fichiers numériques sans préciser les modalités de celui-ci, notamment eu égard à la confidentialité des données enregistrées. La disposition en question ne prévoit aucun mécanisme de protection des données, eu égard au respect de la vie privée, alors même que vous avez jugé, dans votre décision du 13 août 1993⁷⁰ ainsi que dans celle du 22 avril 1997, qu'au cas où de tels fichiers seraient établis, ils devraient être soumis aux dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation.

Les dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 562-2 sont donc contraires à la Constitution tant pour incompétence négative que pour violation de l'article 66 de la Constitution et du droit au respect de la vie privée.

Les articles L. 561-1, L. 561-2, L. 562-1 et L. 562-2 étant contraires à la Constitution, nous vous demandons par conséquent de censurer la totalité de l'article 47 du texte qui vous est déferé.

XIV – L'INTERVENTION DU JUGE JUDICIAIRE EN RETENTION

Article 51 : « L'article L. 552-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est ainsi modifié : 1° À la première phrase, les mots : "quarante-huit heures" sont remplacés par les mots : "cinq jours" ; 2° Au début de la deuxième phrase, les mots : "Il statue" sont remplacés par les mots : "Le juge statue dans les vingt-quatre heures de sa saisine" ».

Face à la rétention administrative d'un étranger, vous avez pu préciser que « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible »⁷¹ et qu'ainsi un délai de sept jours ne satisfaisait pas à l'exigence de brièveté. Vous avez également affirmé qu'une disposition tendant à rallonger la durée de rétention ne remettait pas en cause « le contrôle de l'autorité judiciaire sur le maintien en rétention, au delà de quarante-huit heures, d'un étranger qui a fait l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire français »⁷², soulignant par là-même l'importance fondamentale de ce délai de quarante-huit heures pour le respect de la liberté individuelle.

L'article 51 fait passer ce délai d'intervention du juge judiciaire de quarante-huit heures à cinq jours. Pendant les quatre premiers jours, l'étranger est donc placé sous le seul contrôle de l'administration et du

⁷⁰ C.C., 13 août 1993, déc. 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 131 à 134 ; et C.C., 22 avr. 1997, déc. 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 5.

⁷¹ C.C., 9 janv. 1980, déc. 79-109 DC, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, cons. 4.

⁷² C.C., 20 nov. 2003, déc. 2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 64.

juge administratif. Aucun principe de sauvegarde de l'ordre public n'est avancé pour appuyer cette atteinte supplémentaire à la liberté individuelle ; seul un principe de bonne administration de la justice est mis en avant, mettant ainsi à la charge de l'individu le délai d'intervention du juge judiciaire. Reconnu récemment, cet objectif de valeur constitutionnelle n'a pas vocation à venir limiter les droits et libertés des individus mais est un objectif à mettre en œuvre, notamment, par le législateur dans l'organisation de la justice⁷³. En ce sens, l'invocation de ce seul principe n'est pas suffisante pour justifier l'atteinte à la liberté individuelle de l'étranger pendant cinq jours sans un possible contrôle de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution. **Nous vous invitons donc à juger l'article 51 de cette loi contraire à la Constitution, en son article 66. Les articles 54, 56 et 59 de cette loi faisant référence à ce délai de cinq jours prévu par la nouvelle version de l'article L. 552-1, nous vous demandons de les juger inconstitutionnels en tant qu'ils sont inséparables de cette disposition.**

XV – LA DUREE POSSIBLE D'UNE RETENTION

Article 56 : L'article L. 552-7 du même code est ainsi rédigé :

« Art. L. 552-7. – Quand un délai de vingt jours s'est écoulé depuis l'expiration du délai de cinq jours mentionné à l'article L. 552-1 et en cas d'urgence absolue ou de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, ou lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement, le juge des libertés et de la détention est à nouveau saisi.

« Le juge peut également être saisi lorsque, malgré les diligences de l'administration, la mesure d'éloignement n'a pu être exécutée en raison du défaut de délivrance des documents de voyage par le consulat dont relève l'intéressé ou de l'absence de moyens de transport, et qu'il est établi par l'autorité administrative compétente que l'une ou l'autre de ces circonstances doit intervenir à bref délai. Il peut également être saisi aux mêmes fins lorsque la délivrance des documents de voyage est intervenue trop tardivement, malgré les diligences de l'administration, pour pouvoir procéder à l'exécution de la mesure d'éloignement dans le délai de vingt jours mentionné au premier alinéa.

« Le juge statue par ordonnance dans les conditions prévues aux articles L. 552-1 et L. 552-2. S'il ordonne la prolongation de la rétention, l'ordonnance de prolongation court à compter de l'expiration du délai de vingt jours mentionné au premier alinéa du présent article et pour une nouvelle période d'une durée maximale de vingt jours ».

En juin 2009, la Cour des Comptes souligne que l'allongement de la durée totale de la rétention administrative au-delà de 32 jours « n'apparaît plus, en règle générale, comme un moyen d'améliorer l'efficacité du système comme il a pu l'être dans le passé, alors que son coût n'est pas négligeable »⁷⁴. En ce sens, l'allongement de la

⁷³ Cf. C.C., 03 déc. 2009, déc. 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* ; C.C., 10 juin 2009, déc. 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* ; C.C., 28 déc. 2006, déc. 2006-545 DC, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*.

⁷⁴ Cour des Comptes, *La gestion des centres et des locaux de rétention administrative (exercices 2006 à 2008)*, Communication adressée à la commission des finances du Sénat en application de l'article 58.2 de la LOLF, juin 2009, p.107 (reproduit au rapport Pierre Bernard-Reymond, *Rapport d'information n° 516 (2008-2009) fait au nom de la Commission des finances*, déposé le 3 juillet 2009).

rétenion au-delà de 32 jours ne permettrait pas l'éloignement de l'étranger, et donc d'atteindre le but poursuivi par cette mesure privative de liberté. Or dès 1980, vous avez pu souligner que les mesures privatives de liberté en matière d'éloignement des étrangers sans titre ne peuvent être prises « *qu'en cas de nécessité* », c'est-à-dire pour permettre l'éloignement de l'étranger. La Cour européenne des droits de l'homme a également pu juger en ce sens que « *Pour ne pas être taxée d'arbitraire, une mesure privative de liberté prise sur le fondement de l'article 5 § 1 f) doit [...] être étroitement liée au motif de détention invoqué par le Gouvernement [...]; enfin, la durée de cette mesure ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi* »⁷⁵. Au regard du rapport de la Cour des Comptes, l'allongement de la durée de rétenion au-delà de 32 jours ne peut être vu comme un « *délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi* » et doit donc être condamné sur le fondement de l'interdiction des mesures privatives de liberté arbitraires.

Nous vous demandons donc de juger l'article 56 de cette loi contraire à la Constitution, en son article 66.

⁷⁵ CEDH, Grande Chambre, 19 février 2009, *Affaire A. et autres c. Royaume-Uni*, Requête n°3455/05, §164.